Das Zurückbehaltungsrecht des Schuldners auf Grund einer verjährten Forderung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Georg Brückner,
Referendar.

Breslau 1910.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Prof. Dr. Fischer.

Korreferent: Prof. Dr. Schott.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Abegg, Die Verjährung der Einreden nach römischem, gemeinem und bürgerlichem Recht. Diss. Göttingen 1903.

Bähr, In den Verhandlungen des Juristentages, Berlin 1889, Bd. I.

Bolze, In Gruchots Beiträgen, Bd. 46 S. 757 ff.

Breuer, Das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. Bonn 1904.

Brinz, Pandekten, Bd. I.

Bucerius, Erörterung der Begriffe exceptio, Einrede und Einwendung. Göttingen 1898.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. Jena 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechtes. 1900 ff.

Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechtes, 7. u. 8. Aufl. 1905.

Darras in Les codes annotés par Fuzier-Herman, Bd. IV.

Demelius, Untersuchungen aus dem römischen Civilrechte. 1856.

Dernburg, Bürgerliches Recht. 3. Aufl. 1905.

— Kompensation. 2. Aufl.

Dümchen, Schuld und Haftung, in Iherings Jahrbüchern. Bd. 54.

Eck, Vorträge über das bürgerliche Recht. Bd. I. 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 3. Aufl. Marburg 1908.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fischer, Recht und Rechtsschutz. 1889.

— Sein und Schein im Rechtsleben, Rektoratsantrittsrede, gehalten am 15. Oktober 1909 in Breslau.

Fischer-Henle, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 8. Aufl. 1909.

Friedenthal, Einwendung und Einrede. 1898.

Girard, Geschichte und System des römischen Rechtes, übersetzt von Mayr, Berlin 1908.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. I. Bd. Erlangen 1868.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.

Heymann, Das Vorschützen der Verjährung. Breslau 1895.
Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1900.
— Über Ansprüche und Einreden. Im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 93.
Klingmüller, Über Klagenverjährung und deren Wirkung, in Festgabe für Felix Dahn. 1905. Teil II.
— Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten. 1905.
Kuhlenbeck, Verjährung der Einreden, in Jurist. Wochenschrift. 26. Jahrg. 1897.
Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903.
Leonhard, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches.
Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.
Orthal, Zur Auslegung der §§ 208, 222 B.G.B. In „Das Recht". 10. Jahrg. 1906.
Peill, Das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach dem gemeinen und bürgerlichen Recht. Diss. Rostock 1904.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl.
Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis. 1896.
Regelsberger, In Iherings Jahrbüchern, Bd. 41. Jena 1900. S. 331 ff.
— Pandekten, Bd. I. Leipzig 1893.
Reimer, Die Verjährung der Einreden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Göttingen 1904.
Rieger, Das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. Tübingen 1901.
Savigny, System des römischen Rechtes.
Schäfer, Das Zurückbehaltungsrecht zur Sicherung verjährter Ansprüche. In Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. 1. Jahrg. 1905.
Schenck, Lehre vom Retentionsrecht. 1837.
Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht. 1904.
Schoenenberg, Die Voraussetzungen der in § 273 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches geschaffenen Retentionsbefugnis. Diss. Gießen 1901.
Schollmeyer, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. 1900.
Schott, Gewähren des Rechtsschutzes. 1903.
— Römischer Civilprozeß und moderne Prozeßwissenschaft. 1904.
v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß 2.
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeß-Ordnung. 9. Aufl. 1904.

Simon, In Juristische Monatsschrift für Posen und Westpreußen. 1898. S. 65ff.
Stammler, Allgemeine Lehren des Rechts der Schuldverhältnisse.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Bd., Allgemeiner Teil, 5./6. Aufl. 1910; II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 3./4. Aufl. 1908.
Vogel, Das Zurückbehaltungsrecht nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. Leipzig 1904.
Weber, Unterschied zwischen Verjährung und Befristung. Diss. Erlangen 1898.
Weiß, Verjährung und gesetzliche Befristung nach dem bürgerlichen Rechte des Deutschen Reiches. München 1905.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.
Zitelmann, Allgemeiner Teil des Rechtes des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1902.

Von den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch wurden benutzt: die Teilentwürfe, die Protokolle I. Lesung, die Motive und die Protokolle II. Lesung.

Von den römischen Quellenwerken wurden die Institutionen des Gaius und der Corpus Iuris Civilis (in der Krüger-Mommsenschen Ausgabe) benutzt.

Außerdem wurden herangezogen der Code civil von 1804 und das „Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen" von 1863.

I. Einleitung.

§ 1.

Im B.G.B. ist das Zurückbehaltungsrecht als besonderes Rechtsinstitut aufgenommen und in den §§ 273, 274 allgemein geregelt.

Das Zurückbehaltungsrecht beschränkt sich dann nicht auf Leistungen von Sachen, sondern ist auch auf Leistungen anderer Art erstreckt. Man kann das Zurückbehaltungsrecht des B.G.B. als die Befugnis bezeichnen, eine an sich geschuldete Leistung irgend welcher Art vorläufig zu verweigern, bis man selbst wegen einer anderen Forderung, die jedoch nicht als Gegenleistung anzusehen ist, befriedigt wird.

Neben anderen Voraussetzungen, die hier außer Betracht bleiben können, enthält nun § 273 die Vorschrift, daß der Schuldner, der seine Leistung verweigern will, einen „fälligen Anspruch“ gegen den Gläubiger haben muß. Wie dieser Anspruch beschaffen sein muß, um die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes rechtlich zu begründen, ob die Forderung klagbar und einredefrei sein soll, ist sehr bestritten; insbesondere aber ist die Frage, ob eine verjährte Forderung eine genügende Grundlage für die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes bietet, noch nicht genügend geklärt. Sie soll im folgenden näher untersucht werden.

Es wird hierbei daran festgehalten, daß der persönliche Anspruch im Sinne des B.G.B. und das aus den persönlichen Rechten hervorgehende subjektive Recht oder die Forderung als identische Begriffe zu betrachten sind.[1]) Nach § 194 bedeutet

[1]) vgl. hierzu Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 89ff.

„Anspruch" das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, also das zu fordern, was das B.G.B. in § 241 als Leistung bezeichnet. Der obligatorische Anspruch erschöpft sich in dem Leistungsbegehren; Inhalt und Zweck sowohl des persönlichen Anspruches wie des Forderungsrechtes gehen darin auf, von einem bestimmten Gegner eine Leistung zu begehren.[1])

Zum besseren Verständnis dieser Untersuchung ist es notwendig, zuvor auf die historische Entwicklung der Frage kurz einzugehen.

Als ein besonderes Rechtsinstitut tritt uns das Retentionsrecht in den römischen Quellen nicht entgegen. Denn vergeblich wird man im Corpus Juris einen besonderen Titel suchen, in dem etwa allgemeine grundsätzliche Bestimmungen über das Zurückbehaltungsrecht getroffen werden. Die Fälle, in denen die Römer dem Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht zubilligten, sind vielmehr im ganzen Corpus Juris verstreut. „Es ist, wie Schenck[2]) sagt, dieses die Folge davon, daß das Retentionsrecht selbst in den Gesetzen, in welchen es erwähnt wird, regelmäßig nicht der Hauptgegenstand der gesetzlichen Bestimmung ist, daß vielmehr allermeistens das Gesetz von ganz anderen Rechtsverhältnissen handelt und nur in Beziehung auf diese der Zulässigkeit und Wirkung der Retention noch mitgedenkt."

Nicht einmal einen einheitlichen Namen hatten die Römer dem Zurückbehaltungsrecht gegeben. Denn gerade bei dem wichtigsten Falle des Retentionsrechtes, der Zurückhaltung einer geschuldeten Sache wegen der auf dieselbe gemachten Verwendungen, ist in den Quellen weder von „retentio" noch von „retinere"

[1]) vgl. Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 5; Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 89; Fischer-Henle, Bem. 1 zu § 194; Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, S. 452; Eck, Vorträge, Bd. I S. 204; a. M. Langheineken, Anspruch und Einrede, S. 24, der aus einer begrifflichen Gleichstellung des persönlichen Rechtes und des persönlichen Anspruchs folgert, daß dann der Begriff des subjektiven Rechtes überhaupt aufzugeben ist oder doch im wesentlichen mit dem des absoluten Rechtes zusammenfällt; Staudinger, Kommentar zum B.G.B., Bd. I S. 627; Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. I S. 115 Anm. 5.

[2]) Schenck, Lehre vom Retentionsrecht, 1837 S. 8.

die Rede, sondern es heißt dort nur, daß dem Beklagten die exceptio doli mali zustehe.[1])

Es läßt sich also die Frage, ob der Schuldner das Zurückbehaltungsrecht auf Grund einer verjährten Forderung ausüben kann, für das römische Recht nicht mit Hilfe irgendwelcher allgemeinen Grundsätze beantworten, sondern nur durch Beurteilung des besonderen hier vorliegenden Tatbestandes. Insbesondere ist zudem die Frage zu prüfen, ob die Wirkung der Verjährung noch dem Schuldner die Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechtes mit Hilfe einer exceptio gestattet.

Im älteren römischen Recht, d. h. im Ius civile, kam ein Vorschützen der Verjährung rechtlich überhaupt nicht in Betracht, da alle Klagen in der Regel zeitlich nicht beschränkt, vielmehr actiones perpetuae waren. Nur ausnahmsweise war Klagen eine zeitliche Grenze gesetzt. So gehörte zu den actiones temporales im älteren römischen Rechte die actio auctoritatis; es war das wohl „eine Reflexwirkung des Ablaufes der Ersitzungszeit, nach deren Vollendung die Entwährung, die ihren Entstehungsgrund bildete, nicht mehr stattfinden konnte.“[2]) Ferner waren auch die Klagen gegen den sponsor und fidepromissor nach ausdrücklicher Bestimmung der lex Furia auf ein biennium beschränkt.

Anders verhielt es sich bei den prätorischen Klagen. Zwar waren auch diese als actiones perpetuae gedacht, doch waren die Ausnahmen hier bedeutend zahlreicher; ja die meisten von dem Prätor geschaffenen Schuldverhältnisse erloschen nach einem Jahre.[3]) Dieser Annalcharakter kam bei gewissen Klagen, so bei der actio quod metus causa, bei der actio doli, bei der actio iniuriarum in einer ständigen Klausel der Formel zum Ausdruck. Natürlich bedurfte es in diesem Falle auch keines

[1]) vgl. die bei Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht, S. 3 Anm. 1 angeführten Quellenstellen.

[2]) Girard, Geschichte und System des römischen Rechtes, übersetzt von Mayr, Berlin 1908, S. 790.

[3]) Gaius IV, 110: plerumque intra annum; vgl. hierzu noch Klingmüller, Über Klagenverjährung und deren Wirkung, in „Festgabe für Felix Dahn“ 1905, Teil II S. 38.

besonderen Antrages des Beklagten um Aufnahme der exceptio sive praescriptio[1]) temporis, da der Kläger ja aus dem Formelalbum des Prätors eine bestimmte Klage zu bezeichnen, die Ausfüllung der Klageformel nach Maßgabe des konkreten Falles zu veranlassen und demgemäß auch die exceptio mitzuedieren hatte.[2]) Zweifelhaft konnte die Notwendigkeit eines Antrages von seiten des Beklagten nur bei den actiones temporales ohne ständige Annalklauseln werden; aber dafür sprechen weder positive Quellenzeugnisse noch die Deduktion aus dem römischen Exzeptionsbegriffe. Denn die exceptio „war ein Teil der Prozeßformel, eine negative Bedingung des in derselben enthaltenen Kondemnationsbefehls an den iudex. Dieser wurde durch die exceptio gezwungen, ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal zugunsten des Beklagten zu berücksichtigen. Durch die exceptio wurde einem Rechtssatze die Geltung erzwungen, und zwar von seiten des Prätors: wir haben hier ein tuitione praetoris wirksames Verteidigungsmittel im Gegensatz zu dem schon ipso iure bezw. officio iudicis wirksamen.“[3]) Aus dieser prozessualen Bedeutung der exceptio allein aber kann unmöglich ein besonderer Antrag als Bedingung der Aufnahme der exceptio annua in die Formel gefolgert werden.[4])

Auch die beiden für die Notwendigkeit des Antrages angeführten Quellenstellen: Gaius IV, 119 und l. 1 D. de except. 44, 1

---

[1]) Die Ausdrücke exceptio und praescriptio unterscheiden sich nur prozessualisch, nicht materiellrechtlich. Wird die Einrede als Ausnahme oder Bedingung des Kondemnationsbefehls gefaßt, so ist sie eine exceptio, wird sie dagegen gleich im Eingang der Formel vor der intentio dem Richter zur Untersuchung gestellt, so ist sie eine praescriptio. Letztere Stellung war gerade bei der Einrede der Zeit üblich, weshalb die Verjährungseinrede gewöhnlich als praescriptio temporis bezeichnet wird. Vgl. Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen, 1905, S. 390.

[2]) Nach üblicher Ansicht. A. M. R. Schott, Gewähren des Rechtsschutzes, S. 34ff. und Römischer Zivilprozeß und moderne Prozeßwissenschaft, S. 28ff.

[3]) Heymann, Das Vorschützen der Verjährung, Breslau 1895, S. 36.

[4]) vgl. Heymann, a. a. O., S. 36; Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 95.

ergeben sich bei näherer Betrachtung als nicht stichhaltig. Denn die bei Gaius IV, 119[1]) stehenden Worte „quia omnis exceptio obicitur a reo“ müssen keineswegs bedeuten, daß jede exceptio nur auf Antrag des Beklagten in die Formel aufgenommen wird. Man kann vielmehr darin erblicken „lediglich eine syntaktische Erörterung über die Abfassung der Exzeptionsklauseln; der Jurist will sagen, daß diese als negative hypothetische Sätze auftreten und daß sich daraus ihre Abfassung in contrarium quam adfirmat is cum quo agitur ergibt.“[2])

Und der zweiten Stelle, dem Ausspruche des Ulpian[3]): agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est, steht der Ausspruch des Paulus[4]) gegenüber: nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur. Also auch der für die Antragstheorie sprechende Quellenbeleg bei Ulpian ist dadurch erschüttert. Dazu kommt noch, daß bei der exceptio S. C. Velleiani, wodurch ja den Frauen nicht ein Recht gegeben, sondern ein solches genommen wurde, sicher eine Verzichtbarkeit ausgeschlossen war, ebenso wie auch der Wortlaut des S. C. Macedonianum[5]) gegen die Verzichtbarkeit der durch dieses Senatuskonsult gewährten exceptio spricht.

---

[1]) Gaius IV, 119: Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is, cum quo agitur. Nam si verbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit, quam non numeravit, sic exceptio concipitur: „Si in ea re nihil dolo malo A^{i} A^{i} factum sit neque fiat;“ item si dicat, contra pactionem pecuniam peti, ita concipitur exceptio: „Si inter A^{m} A^{m} et N^{m} N^{m} non convenit, ne ea pecunia peteretur;“ et denique in ceteris causis similiter concipi solet; ideo scilicet, quia omnis exceptio obicitur quidem a reo, sed ita formulae inseritur, ut condicionalem faciat condemnationem, id est, ne aliter iudex eum cum quo agitur condemnet, quam si nihil in ea re qua de agitur dolo actoris factum sit; item ne aliter iudex eum condemnet, quam si nullum pactum conventum de non petenda pecunia factum fuerit.

[2]) Heymann, a. a. O. S. 41.

[3]) l. 1 D. de exceptionibus 44, 1.

[4]) l. 112 D. de diversis regulis iuris antiqui 50, 17.

[5]) vgl. l. 1 pr. D. de S. C. Mac. 14, 6.

Eine andere Behandlung aber der actiones temporales ohne ständige Annalklauseln als derjenigen mit ständigen Annalklauseln im Prozesse anzunehmen, entbehrt jeder Begründung, und man muß daher wohl zu dem Resultate kommen, daß auch bei den actiones temporales ohne ständige Annalklauseln die exceptio annua ohne besonderen Antrag des Beklagten in die Formel aufgenommen,[1]) die Verjährung also von Amts wegen in allen Fällen der actiones temporales berücksichtigt wurde.

Aus diesem Berücksichtigen der Verjährung von Amts wegen bei den actiones temporales ergibt sich die Aussichtslosigkeit, jemals auf Grund eines verjährten Rechtes eine actio zu erhalten. Daraus kann man wohl schließen, daß das der actio zugrunde liegende rechtliche Verhältnis[2]) bei den prätorischen actiones temporales durch die gestellten Fristen begrenzt werden, also nur während dieser Fristen zur Entstehung gelangen sollte. Mit Ablauf der bemessenen Frist hörte eben die Zuständigkeit der Klage auf und auch das Recht, auf dem sie beruhte, wurde als nicht zur Entstehung gelangt betrachtet, mit einem Worte: Die Klage und das zugrunde liegende Recht waren befristet.

Daraus ergibt sich für das ältere römische Recht eine Beantwortung der Frage, ob eine verjährte Forderung auf seiten des Schuldners ein Zurückbehaltungsrecht hätte begründen können. Für die actiones temporales, wo sie allein in Betracht kommt, ist sie zu verneinen. Denn der Ablauf der Verjährung bedeutet nicht, daß dem verjährten Recht nur die zwangsweise Geltendmachung durch die actio versagt bleiben soll, sondern daß das Recht selbst als nicht vorhanden gewesen betrachtet wird, da die actio ja nur allein in der vom Prätor bemessenen Frist zur Entstehung gelangen kann. Eine verjährte Forderung

---

[1]) vgl. Fischer, a. a. O. § 10; Heymann, S. 45; a. M. Girard, Anm. 3 S. 791.

[2]) Im römischen Rechte ist nach herrschender Ansicht die actio oder das Klagerecht, d. h das Recht auf Eröffnung des Rechtsweges, auf ein iudicium, wohl zu unterscheiden von dem Rechte, auf dem es beruht. Denn das Klagerecht ist nur die prozessuale Geltendmachung des Rechtes, es ist aber keineswegs selbstverständliche Konsequenz desselben, noch deckt es sich etwa mit diesem.

hätte daher niemals die rechtliche Unterlage für die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts bilden können.

In der klassischen römischen Zeit war die actio von vornherein nur für eine bestimmte Zeit verheißen; nach Ablauf der Zeit war die actio und damit auch das zugrunde liegende Recht vollständig untergegangen. Der Prätor schritt dann zur denegatio actionis oder der iudex sprach die absolutio aus, auch wenn der Beklagte die Verjährung nicht vorschützte.[1] Auch in dieser Zeit muß daher dem Schuldner das auf einer verjährten Forderung sich gründende Zurückbehaltungsrecht versagt werden.

Anders wird aber die Frage für das Justinianische Recht zu entscheiden sein. Denn bezüglich der Anspruchsverjährung waren inzwischen durch die Bestimmungen Honorius' und Theodosius II. (424) einschneidende Änderungen getroffen worden.[2] Hiernach mußten auch alle actiones perpetuae innerhalb einer gewissen Zeit[3]) geltend gemacht werden, widrigenfalls sie erloschen. Die actiones entstanden also nicht etwa erst dann, wenn sie innerhalb der bestimmten Zeit geltend gemacht wurden, vielmehr waren sie nach wie vor nicht bloß für eine bestimmte Zeit, sondern prinzipiell für immer gegeben. Allein der Berechtigte, der sie binnen der gesetzten Zeit nicht geltend machte, verlor dieselben durch diese Versäumnis. Die actio erlosch somit durch die Klagenverjährung nicht ipso iure, ihre Voraussetzungen waren ja trotz eingetretener Verjährung noch immer vorhanden, nur wurde die Klage jetzt durch die exceptio temporis entkräftet. Diese Verjährungsgrundsätze wurden auch auf die bisherigen actiones temporales ausgedehnt,[4] so daß die Erlöschung dieser

---

[1]) vgl. Fischer, S. 122; Klingmüller, S. 37ff.

[2]) vgl. Demelius, Untersuchungen aus dem römischen Zivilrechte, Bd. I (1856) § 11—13; Czyhlarz, S. 387; Girard, S. 329, 330; Brinz, Pandekten, Bd. I S. 847, s. auch unten S. 8 Anm. 1; a. M. besonders Klingmüller, a. a. O. S. 45ff.

[3]) Die Zeit betrug in der Regel 30 Jahre, wurde aber später für manche Klagen und zugunsten gewisser juristischer Personen auf 40 Jahre erweitert.

[4]) vgl. Czyhlarz, S. 388; Regelsberger, Pandekten, Leipzig 1893 Bd. I S. 666; a. M. Heymann, S. 55, wohl auch Fischer, a. a. O.

Klagen durch Zeitablauf nicht mehr Folge ihrer Befristung, sondern Folge der Versäumnis des Klägers war. Die so abgeänderte Klagenverjährung wurde in das Justinianische Recht rezipiert; actiones perpetuae und temporales unterlagen jetzt einer einen einheitlichen Charakter tragenden, durch Theodosius in ihrer Wirkung bestimmten Verjährung und unterschieden sich jetzt nur durch die längere oder kürzere Zeit, welche zur Verjährung gefordert wurde.

Von dem Gesichtspunkte der Theodosianisch-Justinianischen Aktionenverjährung aus muß man zu einer anderen Beantwortung der Frage nach dem Zurückbehaltungsrecht des Schuldners auf Grund einer verjährten Forderung gelangen. Denn hier bedeutet die Verjährung nicht eine Ausschlußfrist, wie im älteren römischen Recht, sie begründet vielmehr eine exceptio gegen die Durchführung des klägerischen Anspruches; das die actio begründende Recht selbst aber besteht,[1]) und es muß daher billigerweise auch dem Schuldner ein Retentionsrecht auf Grund seiner verjährten Forderung zugestanden werden.

Nicht ohne weiteres zu demselben Resultate wird man für das moderne gemeine Recht gelangen können. Hier hängt ein Zurückbehaltungsrecht des Schuldners auf Grund einer verjährten Forderung unlöslich von der Stellungnahme ab, die man in der vielumstrittenen Frage[2]) nach der schwächeren oder stärkeren Wirkung der Anspruchsverjährung einnimmt. Folgt man der Theorie Savignys, wonach das verjährte Recht bestehen bleibt und eine unvollkommene Verbindlichkeit begründet,[3]) so wird

---

S. 123; Bähr in den Verhandlungen des Juristentages, Berlin 1889 Bd. I S. 291.

[1]) vgl. C. VII, 39, 3 pr., wo es heißt: „ . . . erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda“, ferner C. VIII, 30, 2 und C. VII, 39, 7, 1, wonach die actio hypothecaria noch mindestens 10 Jahre nach verjährter Hauptklage fortbestehen kann; s. auch Regelsberger, Pandekten, Bd. I § 186, der nach dem Gesamteindruck des Theodosianischen Gesetzes zu derselben Ansicht gelangt; a. M. besonders Klingmüller, S. 45—57.

[2]) Darüber mit den erforderlichen Literaturbelegen: Klingmüller, a. a. O. S. 57ff.

[3]) Über die klassische römische Zeit vgl. oben S. 7.

man zur Billigung des auf eine verjährte Forderung gestützten Zurückbehaltungsrechtes gelangen müssen, zumal die vollendete Verjährung hier nur eine zwangsweise Durchsetzung des Anspruchs verhindern soll. Anders aber wird sich ein Anhänger der Theorie Windscheids[1]) entscheiden müssen. Denn nach Windscheid geht ja das verjährte Forderungsrecht vollständig unter, kann also niemals zur Begründung eines anderen Rechtes irgend welcher Art geeignet sein. Ein Zurückbehaltungsrecht des Schuldners auf Grund einer verjährten Forderung ist daher bei dieser Annahme unzulässig.

Je nach der Entwicklungsstufe im römischen Rechte wird also, wie im vorstehenden dargetan, das Thema der vorliegenden Untersuchung verschieden zu beantworten sein, freilich ohne jemals besonderen praktischen Wert zu haben. Diesen kann es erst erhalten, wenn das Zurückbehaltungsrecht nicht, wie in Rom, erst aus vereinzelten Fällen zu deduzieren ist, sondern als besonderes Rechtsinstitut uns entgegentritt.

Auch im älteren deutschen Recht hat ein Zurückbehaltungsrecht Aufnahme gefunden.[2]) Es tritt uns hier entgegen als „ein eigenartiges dingliches Recht, setzt einen infolge Kundbarkeit beachtlichen Anspruch des Inhabers der gegenwärtigen Gewere voraus und erlischt mit dessen Erfüllung. Bis dahin schränkt es die Offensivkraft der früheren Gewere derart ein, daß die Klage um Gut nur Erfolg hat, wenn gleichzeitig der Gegenanspruch befriedigt wird".[3]) Durch das Eindringen des römischen Rechtes erfuhr dann das deutsche Recht eine tiefgreifende Umgestaltung. Zwar blieb das Recht des Schuldners, die geforderte Leistung einstweilig zu verweigern, auch nach der Rezeption dem deutschen Rechte erhalten, aber in römischer Umbildung. Grundlage des Zurückbehaltungsrechtes wurde nunmehr ein dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehendes Forderungsrecht.[4])

In enger Anlehnung an das römische Recht hat dann der Codex Maximilianus von 1756 in einzelnen Vorschriften ein

---

[1]) Windscheid, Pandekten, Bd. I § 112.

[2]) Darüber besonders: Schlegelberger, § 2.

[3]) Schlegelberger, S. 48.

[4]) vgl. Schlegelberger, § 3.

Zurückbehaltungsrecht anerkannt, ohne irgendwie eine systematische gesetzliche Regelung zu bringen. Eine solche Regelung hat vielmehr zum erstenmal das preußische Allgemeine Landrecht in Bd. I, 20, §§ 536ff. gebracht, wobei jedoch das Retentionsrecht auf die Zurückhaltung von Sachen beschränkt wurde.

Der Code civil von 1804 erwähnt wiederum nur in einzelnen Fällen ein Zurückbehaltungsrecht.[1] Ob noch außer diesen Fällen unter Verallgemeinerung der in den angegebenen Artikeln enthaltenen Rechtsregeln nach dem Code civil ein Zurückbehaltungsrecht anzuerkennen sei, war äußerst bestritten.[2]

Erst wieder das „Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen" hat ein Zurückbehaltungsrecht allgemein anerkannt[3]) und ist hierbei im wesentlichen dem preußischen Allgemeinen Landrecht gefolgt. Durch das B.G.B. wurde dann das Zurückbehaltungsrecht auf Forderungen aller Art ausgedehnt. Zwar war es auch hier in Gefahr, nicht allgemein grundsätzlich geregelt zu werden. In dem Teilentwurfe des Redaktors war in längerer Begründung eine Aufnahme des Zurückbehaltungsrechtes als eines besonderen Rechtsinstitutes abgelehnt.

Erst die Gesamtkommission[4]) erkannte, daß eine solche allgemeine Rechtsnorm in der Tat ein dringendes Bedürfnis sei, da bei ihrem Fehlen in jedem zutreffenden Falle eine spezielle Vorschrift beigelegt, eine große Anzahl von Spezialbestimmungen unumgänglich notwendig werden würde, eine Regelung, die doch möglichst zu vermeiden sei. Diese Beschlüsse der I. Kommission wurden auch im Prinzip späterhin festgehalten.

---

[1]) vgl. die Art. 867, 1673, 1748, 1749, 1948, 2082, 2280.

[2]) Über die verschiedenen Ansichten vgl. Tarras in Les codes annotés par Fuzier-Herman, Bd. IV Note 90ff. zu Art. 2073.

[3]) vgl. die §§ 767—769 daselbst.

[4]) Protokolle zur Kommission I. Les. S. 1097—1099.

II. Untersuchung der Frage, ob der Schuldner das Zurückbehaltungsrecht auf Grund einer verjährten Forderung ausüben kann.

§ 2. Der Begriff des „fälligen Anspruches".

Zur Beantwortung der gestellten Frage nach geltendem Recht ist zunächst festzustellen, was im Gesetze unter „fälligem Anspruch" verstanden wird. Unter Anspruch versteht das B.G.B. nach § 194 das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Schäfer[1]) nun folgert daraus, daß dem B.G.B. die erfolgreiche Klagbarkeit ein wesentliches Moment des Anspruchs bedeute und daß daher das mit einer zerstörlichen Einrede behaftete Recht des Schuldners auf eine Leistung nicht mehr als Anspruch im gesetzlichen Sinne angesehen werden darf, weil es mit Erfolg nicht mehr geltend gemacht werden kann.

Dem ist zunächst zu entgegnen, daß zu dem Anspruchsbegriff des B.G.B. nicht die erfolgreiche Klagbarkeit gehört.[2]) Für diese Auffassung spricht schon der Umstand, daß die zwangsweise Durchsetzbarkeit als ein rein prozessuales Moment anzusehen ist; haben wir doch Klagerechte ohne materiellrechtlichen Anspruch und andererseits Ansprüche ohne Klagerechte. So ist bei den Feststellungsklagen kein materiellrechtlicher Anspruch enthalten, während andererseits als ein Anspruch ohne Klagerecht der Ersatzanspruch des Besitzers einer fremden Sache erscheint, der diese dem Eigentümer herausgeben muß und Ersatz von Verwendungen, die er auf die Sache gemacht hat, verlangen kann. Denn solange der Besitzer im Besitze der Sache ist, kann

[1]) Schäfer, In Zeitschr. für „Rechtspflege in Bayern", I. Jahrgang 1905 S. 438.

[2]) So auch Hellwig, S. 8; Langheineken, S. 22; Weiß, Verjährung und gesetzliche Befristung, S. 36; Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, S. 178; der entgegengesetzten Ansicht sind Schollmeyer, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, S. 2; Dernburg, S. 115; Rieger, Das Zurückbehaltungsrecht des B.G.B., S. 19; Endemann, Bd. I S. 451; Bolze, in Gruchot, Beiträge, Bd. 46 S. 757, 761 a. E.

er seinen Ersatzanspruch nicht im Wege der Klage, sondern nur verteidigungsweise durch die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes verfolgen; ein Klagerecht wird dem Besitzer erst unter den Voraussetzungen des § 1001 gewährt. Ebenso besteht bei den Ansprüchen auf Unterlassung vor der Zuwiderhandlung wohl eine Forderung, eine Klagbarkeit aber, und zwar auf Beseitigung der Verletzung, erst dann, wenn eine Zuwiderhandlung erfolgt ist. Anspruch und Klagerecht sind daher streng auseinander zu halten.

Noch mehr irrt aber Schäfer, wenn er einfach behauptet, daß ein Anspruch mit Erfolg nicht geltend gemacht werden kann, wenn ihm die Verjährung, welche er als zerstörliche[1]) Einrede bezeichnet, entgegensteht. Wenn z. B. der Beklagte zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint, so ist auf Antrag des Klägers nach § 331 Z.P.O. dem Klagebegehren insoweit stattzugeben, als das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen ist. Da nun die Verjährung nicht von Amts wegen zu berücksichtigen ist,[2]) so erfolgt also trotz der Verjährung eine Verurteilung; ebenso hat, wenn der Beklagte in der Verhandlung nicht die Verjährung geltend macht, sei es aus Unkenntnis derselben, sei es aus Billigkeitsgefühl, eine Verurteilung zu erfolgen.

Das Wesen des Anspruches also würde eine Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes auf Grund einer verjährten Forderung nicht ausschließen. Es ist aber von dem Anspruche noch Fälligkeit gefordert. Daraus schließt nun Schäfer,[3]) daß der Anspruch sofort verfolgbar sein müsse und daß das Erfordernis der Fälligkeit keinen Wert haben würde, wenn das Recht auf

---

[1]) Der Ausdruck „zerstörlich“ ist zu beanstanden und besser „peremtorisch“ an seine Stelle zu setzen, da mit dem Ausdrucke „zerstörlich“ gewöhnlich der Gedanke verknüpft wird, als ob der Anspruch ganz und gar untergehe. Dies ist aber, wie weiter unten gezeigt werden soll, nicht die Wirkung einer Einrede.

[2]) Das ist die allgemein herrschende Meinung, dagegen wohl nur Hölder, im Archiv für zivil. Praxis, Bd. 93 S. 111; es wird darauf später noch zurückzukommen sein.

[3]) a. a. O. S. 438.

die betreffende Leistung wegen Bestehens einer peremtorischen Einrede oder aus einem sonstigen Grunde ganz ausgeschlossen und nicht gerichtlich erzwingbar sei. Er folgert daraus, daß dem Schuldner wohl ein klagbares, einredefreies Recht, vom Gläubiger die Leistung zu verlangen, zustehen müsse und beruft sich zur Unterstützung seiner Ansicht auf die Motive Bd. II S. 42, wo es heißt: „Vom Standpunkte des B.G.B. ist ferner irrelevant für die Zulässigkeit des Retentionsrechtes der Umstand, daß der Retentionsberechtigte seinen Anspruch auch mittels Klage verfolgen kann. Im Gegenteil: Mit der vollen Wirksamkeit des Anspruches ist auch, beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen, die Zurückbehaltungsbefugnis von selbst gegeben, wie die volle persönliche Haftung des zunächst fordernden Teiles wegen des Anspruchs des Retinenten für die Regel die Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechtes ist."

Ganz entschieden irrt sich nun Schäfer, wenn er gerade die Motive als Beleg für seine Ansicht anführt und glaubt, daß diese Stelle die volle Wirksamkeit des schuldnerischen Anspruches dahin aufgefaßt wissen will: Der Anspruch müsse rechtlich verfolgbar sein und ihm weder peremtorische noch dilatorische Einreden entgegenstehen. Wie soll denn da der erste Satz des erwähnten Zitates erklärt werden? Doch nur dann kann ein innerlicher Zusammenhang zwischen dem ersten und dem zweiten Satze konstruiert werden, wenn man gerade das Gegenteil annimmt von dem, was Schäfer aus den Motiven herausliest! Nein, die Motive wollen nicht das Zurückbehaltungsrecht auf Grund einer verjährten Forderung verneinen, sondern bejahen.[1])

Ob jedoch diese Ansicht der Motive auch wirklich in den Rechtssätzen des B.G.B. zum Ausdruck gekommen ist, ist erst noch weiterhin darzutun.

Es soll daher im folgenden aus dem Gesetze heraus der Fälligkeitsbegriff des § 273 untersucht werden.

Im Gesetzbuch ist der Fälligkeitsbegriff mit direkten Worten nirgends bestimmt. Dernburg[2]) nimmt ohne nähere Begründung

[1]) vgl. Dernburg, Bd. II 1. Abt. S. 133 Anm. 7.

[2]) Mit ihm Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Bd. I S. 972; Crome widerspricht sich anscheinend selbst; er redet auf

an, daß beim Anspruch „fällig“ soviel wie „unbedingt“ und „unbetagt“ bedeutet. Ja, ist denn überhaupt eine Existenz betagter und bedingter Ansprüche zuzugestehen? Aus § 158 Abs. 1 und aus § 163 folgt doch wohl, daß zur Entstehung des Anspruchs der Eintritt der aufschiebenden Bedingung, resp. des Anfangstermines notwendig ist.[1]) Eine rechtliche Bindung besteht allerdings schon vorher, aber eben nur ein Schuldverhältnis, das keinen Anspruch im Sinne des § 194 zu erzeugen vermag. Denn im Anspruch liegt doch eine rechtliche Zuständigkeit, eine materiellrechtliche Befugnis, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. § 158 in Verbindung mit § 163 läßt aber ausdrücklich diese Wirkung erst mit dem Eintritte der Bedingung resp. des Anfangstermines eintreten. Der fällige Anspruch kann also nicht in Gegensatz zu einem betagten oder bedingten Anspruche gestellt werden, da die aufschiebende Bedingung und Befristung die Entstehung eines Anspruchs überhaupt hindern.

Es könnte aber zweifelhaft sein, ob nicht etwa der Mangel an Einreden ein notwendiges Erfordernis des fälligen Anspruchs ist. Daß jedoch auch dieser Einwurf unrichtig, der einredebehaftete Anspruch vielmehr unter den fälligen Anspruch zu subsumieren ist, soll jetzt dargetan werden.

Das B.G.B. geht von dem Prinzipe aus, daß die Verjährung, die selbst nur, wie Seite 29 ausgeführt werden soll, eine peremtorische Einrede ist, nicht von Amts wegen berücksichtigt werden darf. Diesem Prinzipe würde aber direkt zuwidergehandelt, wenn man in § 273 vom fälligen Anspruch den mit der Verjährung, also mit einer Einrede behafteten, ausnehmen wollte. Das soll am folgenden Beispiele gezeigt werden.

A klagt gegen B auf Bewirkung der geschuldeten Leistung, weil er glaubt, daß B das Zurückbehaltungsrecht auf Grund seines Gegenanspruches wegen Mangels der im § 273 Abs. 1 geforderten Konnexität nicht ausüben könne. B hält die Konnexität für gegeben und macht daher im Prozesse sein Retentionsrecht geltend. Im

S. 547 von betagten und befristeten Ansprüchen, während seine Äußerungen auf S. 180ff. ein Bestreiten der Existenz solcher Ansprüche enthalten.

[1]) Ebenso Hellwig, S. 6; Schollmeyer, Anm. 2a S. 90.

Laufe der Verhandlung stellt es sich heraus, daß Konnexität der beiden Ansprüche anzunehmen ist, es ergibt sich aber gleichzeitig für den Richter aus dem vorgetragenen Tatbestande, daß der Gegenanspruch des B schon verjährt ist. A macht aus Unkenntnis der abgelaufenen Verjährung nicht dieselbe geltend. Trotzdem müßte jetzt der Richter, wenn er unter „fälligem Anspruch“ nur einen einredefreien im § 273 verstehen würde, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes als materiell unbegründet versagen und den B verurteilen, ohne die im § 274 Abs. 1 gemachte Einschränkung im Urteile auszusprechen. Dem Prinzipe, die Verjährung nicht von Amts wegen zu berücksichtigen, würde also direkt widersprochen werden, wenn das Wort „fälliger Anspruch“ schon als solches die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes auf Grund einer verjährten Forderung hindern würde. Wie allerdings der Prozeß zu entscheiden sein würde, wenn A die Verjährung des Gegenanspruchs geltend macht, kann erst mit der Frage nach dem Wesen und der Wirkung der Anspruchsverjährung beantwortet werden.

Daß das B.G.B. unter „fälligem Anspruch“ auch eine einredebehaftete Forderung verstanden wissen will, geht ferner aus dem § 387 in Verbindung mit § 390 Satz 1 hervor. In § 387 findet sich die Bestimmung, daß jeder Teil dann seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teiles aufrechnen darf, wenn er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann, d. h. also, wie in Verbindung mit §§ 271, 272 hervorgeht, wenn beide Ansprüche fällig sind. § 390 Satz 1 enthält die Bestimmung, daß eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden kann. Versteht man nun unter „fälligem Anspruch“ nur einen einredefreien, wie will man sich da die besondere Vorschrift des § 390 Satz 1 erklären? Es wäre ja dann schon in § 387 genügend zum Ausdrucke gebracht, daß das Freisein von Einreden eine notwendige Bedingung der Aufrechnung sei. Die Bestimmung des § 390 S. 1 wäre also überflüssig.[1]) Zweck und Not-

[1]) Zu diesem Schlusse gelangt anscheinend Schollmeyer; er behauptet (Anm. 1 zu § 390), daß der Satz 1 des § 390 sich eigentlich schon aus § 387 ergebe.

wendigkeit der Bestimmung des § 390 Satz 1 erhellt aber sofort, wenn man unter den Begriff des fälligen Anspruchs auch den einredebehafteten subsumiert.

Man könnte noch den Einwurf machen, daß sich ja, wenn die Existenz von bedingten und betagten Ansprüchen geleugnet und der einredebehaftete Anspruch unter den Begriff des fälligen subsumiert wird, ein Unterschied zwischen Anspruch und fälligem Anspruch überhaupt nicht konstruieren lasse; hiermit wäre dem Gesetze der Vorwurf der Tautologie gemacht, ein Vorwurf, der kaum zu rechtfertigen sei. Dem ist zu entgegnen, daß sich in Verbindung mit den §§ 271, 272 B.G.B. sehr leicht ein Unterschied zwischen Anspruch und fälligem Anspruch ergibt. Die Bestimmung eines Anfangstermines kann für ein Rechtsgeschäft allerdings die sofortige Entstehung des Anspruches ausschließen, aber ebenso kann ein unbedingtes und unbefristetes Rechtsgeschäft, das eine nicht sofort zu bewirkende Leistung zum Gegenstande hat, einen sofort existenten Anspruch auf künftige Leistung zur Leistungszeit begründen. Ist die Leistungszeit gekommen, kann also der Gläubiger nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses die Leistung verlangen, so ist die Leistuug und damit der Anspruch im Sinne des B.G.B. fällig. So hat der Darlehnsgläubiger aus einem auf zwei Jahre gegebenen Darlehen alsbald einen Anspruch auf Rückzahlung der Schuld. Der Anspruch auf Bewirkung der Leistung kann im gegenwärtigen Zeitpunkte noch nicht geltend gemacht werden, da der zur Erfüllungsbewirkung maßgebende Termin noch nicht eingetreten ist; erst nach den zwei Jahren kann der Gläubiger die Bewirkung der Leistung verlangen, erst in diesem Augenblicke wird der Anspruch fällig. Es ist also unter Fälligkeit der Zeitpunkt zu verstehen, in dem die Befriedigung des Anspruches rechtlich verlangt werden kann.[1]) Dieser Begriff der Fälligkeit liegt dem B.G.B. und damit dem § 273 B.G.B.[2]) zugrunde. Wenn

[1]) Vgl. Mot. Bd. I S. 308; Hellwig, S. 7; Schlegelberger, S. 153.

[2]) Denn der Fälligkeitsbegriff des B.G.B. ist einheitlich; die von Schoenenberg, die Voraussetzungen der in § 273 Abs. 1 B.G.B. geschaffenen Retentionsbefugnis, S. 11—14 aufgestellte Theorie des

man daher die Existenz bedingter und betagter Ansprüche verneint und unter fälligem Anspruch auch einen einredebehafteten versteht, so macht man trotzdem noch nicht dem Gesetze den Vorwurf der Tautologie, da zwischen Anspruch und fälligem Anspruch der oben ausgeführte Unterschied besteht.

Man muß dreierlei beim Anspruch unterscheiden: Existenz, Fälligkeit und Möglichkeit der klageweisen Geltendmachung. Zu letzterem bemerkt treffend Hellwig:[1]) „Die Frage nach der Existenz und Fälligkeit eines Anspruches und die Frage nach der Möglichkeit ihn klageweise zu verfolgen, sind wohl auseinander zu halten. Jene können vorliegen und trotzdem kann das Recht zur Klage fehlen. Ebenso kann umgekehrt das Recht zur Klage vorhanden sein, obwohl der Anspruch noch nicht fällig ist."

§ 3. Wesen und Zweck des Zurückbehaltungsrechtes.

Der Wortlaut des § 273 steht, wie ausgeführt, der Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes auf Grund einer verjährten Forderung von seiten des Schuldners nicht entgegen. Jetzt wird weiterhin zu prüfen sein, ob die Verjährung des Anspruchs, dessentwegen das Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht wird, auch ipso iure die Verjährung des Retentionsrechtes nach sich zieht, die Einrede des § 273 also als ein bloßes annexum des Anspruches anzusehen oder nicht vielmehr als selbständige Rechtswirkung aufzufassen ist. Es wird daher auf das Wesen des Zurückbehaltungsrechtes, seine Stellung im Systeme des B.G.B., eingegangen werden müssen.

In § 273 wird dem Anspruchsverpflichteten das Recht eingeräumt, die geschuldete Leistung bis zur Befriedigung der eigenen konnexen Gegenansprüche zu verweigern. Die Wirkung

---

Begriffes einer Fälligkeit im engeren Sinne und im weiteren Sinne findet im Gesetze keine Grundlage. Schoenenberg hält offenbar bei der Aufstellung der Fälligkeit im weiteren Sinne die Wirkung eines Rechtsgeschäftes mit dessen Inhalt nicht genügend auseinander, und eine Fälligkeit im engeren Sinne ist nach dem im Texte Ausgeführten überhaupt zu verwerfen; vgl. Schlegelberger, S. 149—153.

[1]) a. a. O. S. 8.

des Zurückbehaltungsrechtes ist also eine rein negative. Es ist zu den Einreden[1]) im Sinne des B.G.B., und zwar zu den dilatorischen, zu rechnen, wie es ja auch § 202 Abs. 2 deutlich ausspricht.[2])

Der Begriff der Einrede wird jedoch im Gesetze nirgends näher präzisiert. Die Motive zum B.G.B. allerdings geben sich Mühe, über den Begriff einigen Aufschluß zu geben, indem sie Bd. I S. 359 ausführen: „Der Einredebegriff des materiellen Rechtes deckt sich nicht mit demjenigen des Prozeßrechtes . . . . Einreden im Sinne des materiellen Rechtes sind nur solche Umstände, welche die Befugnis gewähren, die Befriedigung eines Anspruches verweigern zu dürfen, obwohl der Anspruch an und für sich besteht . . . . . Es muß die Regelung zulässig sein, daß ein Umstand einen Anspruch nicht von Rechts wegen in seiner Entstehung hindert oder wieder aufhebt, sondern dem Verpflichteten nur die Möglichkeit gewährt, die Befriedigung des an und für sich begründeten Anspruchs, sei es zurzeit oder der Person nach, sei es für immer, ablehnen zu dürfen."

Im B.G.B. selbst hingegen finden wir für die Einreden nur die in § 390 aufgestellte, lediglich negative Bestimmung, daß

---

[1]) Unrichtig ist die Auffassung Endemanns (Anm. 46 zu § 88), wenn er entgegen der Bestimmung des § 202 Abs. 2 das Zurückbehaltungsrecht nicht als Einrederecht anerkennen will, weil die entscheidende Ordnung in § 274 Abs. 1 dem Retentionsrechte keine Einredewirkung beilege. Damit interpretiert nicht Endemann das Gesetz, sondern stellt sich über das Gesetz, indem er einfach das klare, unzweideutige Wort des Gesetzes negiert. § 274 Abs. 1 ist eben wieder ein Beweis dafür, wie schwer, ja unmöglich es ist, eine allgemein gültige Definition der Einrede im Sinne des B.G.B. zu geben. In einem recht merkwürdigen Lichte erscheint deshalb die Bemerkung der Mot. Bd. I S. 342: „Der Begriff der materiellrechtlichen Einrede gewährt eine feste Kategorie, welche jeder Unklarheit vorbeugt." Vgl. dazu Heymann, a. a. O. S. 162.

[2]) Nicht ganz genau ist die Ausdrucksweise von Dernburg (Bd. II 1. Abt. S. 135) und Planck, Kommentar zum B.G.B. Bd. II S. 63, daß das Zurückbehaltungsrecht eine verzögerliche Einrede begründe; denn nicht das Zurückbehaltungsrecht, sondern die Ausübung desselben begründet eine verzögerliche Einrede.

eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden kann.

In dem Systeme des B.G.B. ist zunächst der materiellrechtliche Begriff der Einrede nur denkbar, soweit auch ein Anspruch vorhanden ist. Wie beim Anspruch handelt es sich auch bei der Einrede um ein existierendes, nicht bloß um ein behauptetes Recht, um ein „Gegenrecht“ gegen die Forderung.[1]) Die Einrede des B.G.B. steht einem Anspruch entgegen, ist aber selbst kein Anspruch. So ist auch das Zurückbehaltungsrecht nicht denkbar ohne Forderung des Gläubigers; ein neues Schuldverhältnis jedoch wird durch dasselbe nicht begründet, eine neue Forderung entsteht nicht. Es ist von dem Anspruch des Schuldners, auf den es sich gründet, insoweit unabhängig, als es, einmal entstanden, von den Veränderungen, die der Anspruch nimmt, losgelöst ist, sofern der Anspruch nur existent bleibt. Auf das Schicksal des Gläubigeranspruches wirkt es nicht mit vernichtender oder wesensändernder Kraft, sondern erzeugt nur Wirkungen, die der Forderung entgegenstehen. Durch den Willen des Berechtigten, nämlich durch dessen Leistungsverweigerung gegenüber dem Gläubiger, ins Leben gerufen, tritt das Zurückbehaltungsrecht zwischen die beiden Forderungen mit selbständigen Rechtswirkungen ein, gewissermaßen die Rolle eines Vermittlers übernehmend. Es ist also kein bloßes annexum des Anspruches, auf dem es beruht, noch des Anspruches, gegen den es geltend gemacht wird. Unterliegt auch der Schuldneranspruch der Verjährung, so ist es doch selbst noch nicht ipso iure der Verjährung unterworfen; die Einrede des Retentionsrechtes besteht eben selbständig neben der Forderung.[2])

---

[1]) Auch Fischer, a. a. O. S. 103, Friedenthal, Einwendung und Einrede S. 60ff., Crome, Bd. I S. 183 bezeichnen die Einrede des B.G.B. als Gegenrecht.

[2]) a. M. Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, S. 75, der das Retentionsrecht für nichts Selbständiges gegenüber dem Anspruch erklärt; Langheineken, S. 179, der zu der Annahme gelangt, daß die konkrete rechtliche Bedeutung der Einrede des § 273 mit der des obligatorischen Anspruchs zusammenfällt.

Eine Verjährung des Anspruches kann also nach dem Gesagten nicht auch ohne weiteres eine Verjährung des Zurückbehaltungsrechtes zur Folge haben. Kann aber nun nicht das Zurückbehaltungsrecht einer selbständigen Verjährung unterliegen, die nicht als Folge der Anspruchsverjährung zu denken ist?

Auch hier ist festzuhalten, daß das Zurückbehaltungsrecht im Systeme des B.G.B. als Einrede zu betrachten ist. Der Verjährung aber unterliegen nur Ansprüche (§ 194 Abs. 1). Schon die Motive Bd. I S. 291 sagen: „Ansprüche, nicht Einreden sind Gegenstand der Verjährung", und S. 292: „Eine besondere Einredeverjährung ist dem Entwurfe fremd". Daß eine Verjährung der Einrederechte unmöglich ist, geht auch schon aus dem Wesen der materiellrechtlichen Einrede als eines Leistungsverweigerungsrechtes hervor. Mit dem Anspruche wird eine Leistung des Gegners gefordert; anders bei der Einrede. Durch die Einrede wird der Anspruch des Gegners nicht negiert; der Einredeberechtigte gibt zu, daß die Tatsachen, auf denen der gegnerische Anspruch beruht, richtig sind, er leugnet auch nicht, daß das aus diesen Tatsachen gefolgerte Recht besteht; aber er behauptet demgegenüber ein neues Recht zu haben, kraft dessen er die Leistung verweigern kann. Nicht also gegen den Bestand des Rechtes richtet sich die Einrede, sie hat auch kein Tun oder Unterlassen zur Folge, höchstens kann sie mittelbar auf ein solches hinwirken.[1]) Sie kann nicht beliebig vorgebracht werden, vielmehr muß der Einredeberechtigte abwarten, bis sein Gegner den Anspruch erhebt, denn das Recht, die Leistung zu verweigern, kann offenbar nur geltend gemacht werden, wenn die Leistung verlangt wird. Auf solche Leistungsverweigerungsrechte aber ist die Verjährung des B.G.B. nicht anwendbar; es verjähren nur die Rechte, von einem anderen etwas zu verlangen, nicht aber die Rechte, eine Leistung zu verweigern, da sie ohne ein selbstständiges Angriffsmittel bestehen. Daher können mit Recht auf die Einrede des B.G.B. die Worte der l. 5 § 6 D. de doli mali et metus except. 44, 4 unter entsprechender Modifizierung[2])

[1]) vgl. Dernburg, Bd. I S. 604.

[2]) Denn die Begriffe exceptio und Einrede sind nicht identisch. Der römische Exzeptionsbegriff ist ein ausschließlich formeller, eine

des Begriffs der exceptio angewendet werden: exceptio perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem cum quo agitur non habeat potestatem, quando conveniatur.[1])

Es ist nun der Einwurf gemacht worden, daß die §§ 821 und 853 zwei positive Bestimmungen enthalten, in denen trotz der Verjährung der Ansprüche die Einreden bestehen bleiben, und dies als argumentum e contrario für die Verjährung der Einreden angeführt worden.[2]) § 821 bestimmt, daß derjenige, der ohne rechtlichen Grund eine Verbindlichkeit eingeht, die Erfüllung auch dann verweigern kann, wenn der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit verjährt ist; in § 853 wird der Grundsatz ausgesprochen, daß, wenn jemand durch eine von ihm begangene unerlaubte Handlung eine Forderung gegen den Verletzten erlangt, der Verletzte auch dann die Erfüllung verweigern kann, wenn der Anspruch auf Aufhebung der Forderung verjährt ist.[3]) Der Umstand nun, daß das Gesetz diese beiden Fälle erwähnt und für sie an der Unverjährbarkeit der Einreden festhält, kann m. E. noch nicht darauf hindeuten, daß sie als Ausnahme von der Regel zu betrachten und demgemäß die Einreden im allgemeinen als verjährbar anzusehen sind.[4]) Daß

Ausnahmeklausel zum Kondemnationsbefehl in der Formel, während das B.G.B. den Begriff der Einrede im materiellen Sinne aufrechterhalten hat. Vgl. Windscheid, S. 205; Heymann, S. 36.

[1]) Vgl. auch die Rechtsparömie: quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua; Anspruch vergeht, Einrede besteht.

[2]) Vgl. Peill, Das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, S. 33 Anm. 5.

[3]) Daß die aus diesen beiden Ansprüchen resultierenden Einreden immer unverjährbar sein sollen, sagen die Protokolle 1. Lesung S. 2595 und 474.

[4]) Würde man z. B., wenn das Prinzip von Treu und Glauben im B.G.B. nur in einzelnen Bestimmungen festgehalten und nicht allgemein normiert worden wäre, daraus zu schließen wagen, daß bei der Auslegung anderer Vorschriften das Prinzip von Treu und Glauben nicht zu berücksichtigen sei? — Zu § 853 bemerkt treffend Dernburg Bd. I S. 604 „hieraus läßt sich sicher nicht schließen, daß derartiges bei anderen Einreden (sc. das Kraftloswerden derselben)

allerdings den Redaktoren eine Verjährung der „unselbständigen" Einreden vorgeschwebt haben mag, geht schon aus der Bemerkung der Motive Bd. I S. 291 hervor, wo gesagt wird: „Gründet sich der die Geltendmachung eines Anspruches in Form der Einrede ausschließende Umstand in einem der Verjährung unterworfenen Rechte, so hat die Verjährung des Rechtes auch den Verlust der Einrede zur Folge . . . . . Soweit Einreden eine selbständige Bedeutung zukommt, unterliegen sie der Verjährung nicht". Jedoch haben diese unter dem Einfluß des Windscheidschen Exzeptionsbegriffes[1]) gedachten unselbständigen Einreden m. E. nicht Eingang gefunden in das B.G.B.[2]) Auch hier hat wieder einmal der „objektive Sinn des Gesetzes"[3]) etwas anderes ergeben, als das Gewollte. Hätte überdies das B.G.B. die Verjährung auch auf Einreden ausdehnen wollen, so hätte es wohl eine besondere positive Bestimmung gegeben, zumal überall da, wo die Setzung einer Verjährungsfrist bezweckt ist, ausdrücklich von „Verjährung", „verjähren" gesprochen ist.[4]) Es gibt daher zwar eine Verjährung des Anspruches, aber keine Verjährung der Einrede.[5])

---

eintrete, wenn der danebenstehende Anspruch verjährt sei. Wie es sich bei anderen Verhältnissen gestaltet, läßt der § 853 B.G.B. vielmehr offen". Vgl. auch Staudinger S. 632.

[1]) Windscheid (Pandekten Bd. I S. 577) führt aus, daß die Verjährung des persönlichen Anspruchs die auf der Obligation beruhenden Einreden aufhebe; habe jedoch eine Einrede neben der Obligation eine selbständige Existenz, so werde sie von der Verjährung der Obligation nicht betroffen.

[2]) Vgl. Reimer, Die Verjährung der Einreden, S. 18.

[3]) Zitelmann, Recht des B.G.B., allgemeiner Teil S. 4.

[4]) Motive, Bd. I S. 292.

[5]) So auch Leonhard, allgemeiner Teil des B.G.B. S. 231; Staudinger, S. 632; Abegg, Die Verjährung der Einreden, S. 75; Reimer, S. 12; Crome, System Bd. I § 114 Anm. 3; Dernburg, Bd. I S. 604. Daß die Einreden mit dem Rechte, auf das sie sich gründen, verjähren, behaupten: Endemann, Anm. 10 S. 554; Langheineken, S. 179; mit anderer Begründung Kuhlenbeck, in Jurist. Wochenschrift, 26. Jahrg. 1897 S. 126, der einen primären und sekundären Exzeptionszweck unterschieden wissen will.

Die Rechtssätze des B.G.B. selbst stehen also der Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes zugunsten eines verjährten Gegenanspruchs in keiner Weise entgegen. Da wird jedoch der Einwurf erhoben, daß dieser Ausübung der gesetzliche Zweck des Retentionsrechtes einerseits und der Anspruchsverjährung andererseits widerspreche. Der verjährten Forderung spreche das B.G.B. die Erzwingbarkeit ab; das Zurückbehaltungsrecht aber diene nicht bloß als Sicherung, sondern auch als Zwangsmittel, es werde ein indirekter Zwang auf den Gegner betätigt. „Es würde also die Verjährungseinrede wertlos gemacht und der Schuldner das, was er im Wege der Rechtshilfe, durch Klage und Einrede, nicht erlangen kann, durch Selbsthilfe erreichen. Es kann aber doch vernünftigerweise nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, das dem Schuldner durch § 222 Abs. 1 gewährte Recht auf Umwegen durch die Vorschrift des § 273 wieder entziehen zu wollen".[1])

Dieser Einwurf geht also von der Vorstellung aus, daß das Zurückbehaltungsrecht des § 273 dem Schuldner als Sicherungs- und Zwangsmittel diene.

Daß das Zurückbehaltungsrecht seinem Zwecke nach ein Sicherungsrecht ist, hat in der Literatur allgemeine Anerkennung gefunden. Ob es aber auch nach dem Willen des Gesetzes eine Zwangsfunktion ausüben soll, ist lebhaft bestritten. Die Motive selbst äußern sich in Bd. II, S. 42 dazu, wo es heißt: „Das Zurückbehaltungsrecht dient vorzugsweise zur Sicherung und als Zwangsmittel" und Seite 43 „. . . . . . da das Retentionsrecht nur zum Zwecke der Sicherung des Gegenanspruchs besteht". Diese sich widersprechenden Äußerungen können also keinen Anhaltspunkt für die Beantwortung der Frage bilden; ein solcher wird vielmehr wohl besser in § 273 Abs. 3 zu finden sein. Hier ist bestimmt, daß der Gläubiger die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes durch Sicherheitsleistung abwenden kann. Wäre nun das Zurückbehaltungsrecht als Zwangsmittel gedacht, so müßte die Bestimmung des § 273 Abs. 3 inkonsequent erscheinen. Denn als Zwangsmittel wäre es ja bestimmt, „durch Zurückhaltung

---

[1]) Schäfer, a. a. O. S. 438.

irgend einer für den Gläubiger unentbehrlichen Leistung auf dessen Leistungsbereitschaft einzuwirken. Dieses Zwangsmittel wäre illusorisch, wenn es der Gläubiger, der dem Schuldner ja völlig sicher sein kann, durch Sicherheitsleistung abwenden könnte".[1]) Vergegenwärtigt man sich ferner, daß nicht mit Unrecht das Retentionsrecht als „Schützling der aequitas"[2]) bezeichnet wird, daß seine ganze Grundlage auf dem Billigkeitsgefühl beruht, so wird man es als unvereinbar mit den heutigen Ansichten von Treu und Glauben halten, das Zurückbehaltungsrecht als Zwangsmittel ansehen zu wollen. Treffend sagt Schlegelberger:[3]) „Nicht der Billigkeit, sondern der Schikane würde ein solches Pressionsmittel dienen. Ihr würde Tür und Tor geöffnet sein, wenn der Schuldner in der Lage wäre, durch Vorenthaltung irgend welcher, an sich vielleicht unbedeutender, für den Gläubiger aber unentbehrlicher Rechtsgüter diesen zur Erfüllung seiner zweifelhaften Gegenansprüche zu nötigen. Ein als Zwangsmittel eingeräumtes Zurückbehaltungsrecht würde aber dem Schuldner diese Macht geben, da für den Gläubiger die richterliche Hilfe meistens zu spät käme".

Daß das Zurückbehaltungsrecht freilich daneben auf den Gegner einen gewissen Druck auszuüben imstande ist, soll nicht geleugnet werden. Aber nach der ratio des Gesetzes hat es nur den Zweck, dem Schuldner dafür Sicherheit zu gewähren, daß demnächst die ihm gebührende Leistung bewirkt wird.[4])

Hält man an diesem Gedanken fest, so ergibt sich leicht die Widerlegung der Behauptung, daß die Ausübung des auf einem verjährten Anspruche beruhenden Retentionsrechtes § 222 Abs. 1

---

[1]) Schlegelberger, S. 103.

[2]) Schenck, S. VIII.

[3]) a. a. O. S. 103.

[4]) Derselben Ansicht sind Breuer, Das Zurückbehaltungsrecht des B.G.B., S. 12; Bucerius, Erörterung der Begriffe exceptio, Einrede und Einwendung, S. 136; Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes Bd. I § 86 S. 321; Planck, Bd. II S. 66; Schlegelberger, S. 102, wohl auch Crome, S. 542 ff. Die gegenteilige Ansicht vertreten Dernburg, Bd. II S. 133; Endemann, Bd. I S. 713; Rieger, S. 9; Schäfer, S. 437; Schollmeyer, S. 92; Vogel, Das Zurückbehaltungsrecht, S. 39; Staudinger, Bd. II S. 95.

illusorisch mache, indem dadurch ein Zwang auf den Gegner ausgeübt würde: eine solche Zwangsfunktion liegt ja nach dem hier allein interessierenden Willen des Gesetzes dem § 273 nicht zugrunde.

Es soll aber weiter die Möglichkeit, ein Zurückbehaltungsrecht auf Grund einer verjährten Forderung auszuüben, daran scheitern, daß damit eine unzulässige analoge Anwendung des § 223 auf den § 273 gegeben sei.[1]) Zwar ist der Ansicht beizupflichten, daß eine analoge Anwendung des § 223 auf § 273 unstatthaft ist, weil eine Gesetzesanalogie bei grundsätzlich verschiedenen Rechtsinstituten insoweit abzulehnen ist, als ein ius singulare in Frage steht.[2]) Unrichtig aber ist die Meinung, daß bei einer Ausübung des Retentionsrechtes auf Grund einer verjährten Forderung eine dingliche Haftung nach Art des § 223 geltend gemacht werde. Denn durch § 273 wird dem Schuldner niemals die Befugnis gegeben, sich wie ein Pfand- oder Hypothekgläubiger aus der geschuldeten Leistung wegen seiner Forderung an den Gläubiger zu befriedigen. Das Retentionsrecht wirkt nur obligatorisch und begründet nur eine persönliche Einrede. Das Hypothek- und Pfandrecht des § 223 gibt dem Berechtigten hingegen die Erlaubnis, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen, obwohl die Forderung gegen den Schuldner ihre Erzwingbarkeit eingebüßt hat. § 223 und 273 sind deshalb in ihren Wirkungen so verschieden, daß die Anwendung des § 273 zugunsten verjährter Gegenforderungen nicht als analoge Anwendung des § 223 B.G.B. erscheint.

Es wird ferner noch darauf hingewiesen, daß, wenn man das Zurückbehaltungsrecht für verjährte Ansprüche allgemein und uneingeschränkt zuließe, dies zur Umgehung der Vorschrift des § 390 Satz 1 führen würde.[3])

Aus der in § 390 Satz 1 enthaltenen Regel geht hervor, daß eine Forderung, welcher die Einrede der Verjährung entgegensteht, nicht aufgerechnet werden kann; nach Satz 2 ist dies

---

[1]) Das behauptet Schäfer, S. 439.

[2]) Staudinger, Bd. I Einleitung S. 18; daß § 223 gegenüber § 222 eine Ausnahmebestimmung ist, bedarf wohl keines Beweises.

[3]) So Schäfer, S. 438.

aber zulässig, wenn die Forderung zu der Zeit, zu der sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war. „Es könnte nun“, so folgert Schäfer[1]) aus der Bejahung des Themas, „die Erfüllung einer verjährten Forderung, welche wegen Mangels der Voraussetzung des Satzes 2 nicht aufrechenbar wäre, doch durch Geltendmachung des Retentionsrechtes herbeigeführt werden“.

Hierbei ist m. E. der Grundgedanke des Zurückbehaltungsrechtes wieder verkannt. Nach dem Gesetze soll es ja, wie oben ausgeführt, nur Sicherungsmittel sein, es soll nicht einen Zwang auf Erfüllung der Gegenforderung ausüben. Der Anspruch wird durch dasselbe nicht aktiv geltend gemacht, sondern es wird dem Schuldner die Möglichkeit gewährt, sich sichern zu können. Von einer Umgehung der Vorschrift des § 390 Satz 1 kann man daher im gegebenen Falle nicht reden. Dazu kommt, daß Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht ganz verschiedene Rechtsinstitute sind und letzteres niemals als Erfüllung zu wirken vermag. Äußerlich haben allerdings Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht Ähnlichkeit miteinander: Bei beiden findet ein Zurückhalten einer geschuldeten Leistung wegen eines Gegenanspruches statt. Beide führen zu einer endgültigen Ordnung der gegenseitigen Ansprüche. Aber die Aufrechnung ist nur zulässig bei gleichartigen Ansprüchen, das Zurückbehaltungsrecht sowohl bei gleichartigen wie bei ungleichartigen. Insbesondere aber ist der Grundgedanke beider Rechtsmittel verschieden: Bei der Aufrechnung treten sich unabhängige, gegenseitige Forderungen auf eine Leistung entgegen; die vollzogene Aufrechnung bewirkt, daß die Hauptforderung nicht mit einer Einrede behaftet wird, sondern ipso iure untergeht, sie wirkt also wie Erfüllung (§ 389 in Verbindung mit § 362;[2]) beim Zurückbehaltungsrecht ist dagegen von einer Aufhebung der gegenseitigen Ansprüche keine Rede; der Hauptanspruch wird nur mit einer Einrede behaftet, die die Wirkung hat, daß der Schuldner zur Erfüllung Zug um Zug zu verurteilen ist. (§ 274 Abs. 1).

---

[1]) a. a. O. S. 438.

[2]) vgl. Dernburg, Kompensation, 2. Aufl. S. 365ff.

Zweck des Zurückbehaltungsrechtes und Verschiedenheit seines Wesens und seiner Wirkung von den Bestimmungen über die Aufrechnung lassen daher den Einwurf nicht als begründet erscheinen, daß die Ausübung des Retentionsrechtes zugunsten verjährter Ansprüche eine Umgehung der Vorschrift des § 390 Satz 1 enthalte.[1])

§ 4. Wesen und Wirkung der Anspruchsverjährung.

Wie im vorhergehenden Paragraphen dargetan ist, wird die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes grundsätzlich dadurch nicht berührt, daß der Anspruch, auf Grund dessen sie geltend gemacht wird, verjährt. Immer ist aber dabei vorausgesetzt, daß die Entstehungsmöglichkeit des Retentionsrechtes noch gegeben, der verjährte Anspruch also immer noch geeignet ist, die Einrede des Retentionsrechtes materiell zu begründen. Ob diese Voraussetzung zutrifft, ob die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes trotz Geltendmachung der Anspruchsverjährung rechtlich noch erstehen kann, hängt ab von der Wirkung, die das B.G.B. der Verjährung auf den Anspruch eingeräumt hat. Wie weit diese Wirkung reicht, wird daher im folgenden zu prüfen sein, eine Frage, die jedoch nur beantwortet werden kann in Verbindung mit der Frage nach dem Zwecke und dem Wesen der Anspruchsverjährung des B.G.B.

Grund und Zweck der Anspruchsverjährung des B.G.B. ist einerseits der Gedanke, daß auch der Zeit, da doch alle mensch-

---

[1]) Nicht anschließen kann ich mich der Ansicht Staudingers, Bd. II S. 94, der nach Analogie des § 390 Satz 2 nur dann ein auf verjährten Ansprüchen des Schuldners beruhendes Zurückbehaltungsrecht billigt, wenn die Verjährung noch nicht vollendet war, als der Anspruch des Gläubigers entstand. Eine solche Analogie ist, wie schon oben S. 25 erwähnt, nicht bei einem Ausnahmerecht zulässig. In Satz 2 des § 390 ist aber unzweifelhaft eine solche Ausnahmebestimmung enthalten (vgl. Staudinger, § 390 Ziffer 1 S. 321). — Man muß sich daher entweder zu einer uneingeschränkten Anwendung des Zurückbehaltungsrechtes auf Grund einer verjährten Forderung entscheiden — daß dies allein dem Gesetze entspricht, soll noch weiterhin dargetan werden — oder eine solche Ausübung ganz verwerfen.

lichen Lebensverhältnisse steter Veränderung unterliegen, eine gewisse Einwirkung auf die Rechte zuzugestehen ist, andererseits besonders das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Beweiserleichterung, um die bestehenden Zustände vor willkürlichen oder veralteten Angriffen nach einer gewissen Zeit zu schützen. Dazu kommt noch, daß die soziale Bedeutung des Privatrechts eine Verständigung und Auseinandersetzung mit den Gesamtinteressen gebieterisch fordert. Wenn nun das öffentliche Recht unter Umständen selbst Hingabe des Privateigentums verlangt, wenn es sogar die Hingabe des Lebens für das Vaterland zur Rechtspflicht macht, so kann und muß das Privatrecht dahin kommen, bei der Abwägung von sich gegenüberstehenden Privatinteressen auch das allgemeine Verkehrsinteresse zu berücksichtigen.[1]) Der Verkehr aber erträgt es nicht, „daß lange verschwiegene, in der Vergangenheit vielleicht weit zurückliegende Tatsachen zur Quelle von Anforderungen in einem Zeitpunkte gemacht werden, in welchem der in Anspruch genommene Gegner infolge der verdunkelnden Macht der Zeit entweder nicht mehr oder doch nur schwer noch in der Lage ist, die ihm zur Seite stehenden entlastenden Umstände mit Erfolg zu verwerten. Anforderungen dieser Art sind der Regel nach innerlich unbegründet oder bereits erledigt. Der Schwerpunkt der Verjährung liegt nicht darin, daß dem Berechtigten sein gutes Recht entzogen, sondern darin, daß dem Verpflichteten ein Schutzmittel gegeben wird, gegen voraussichtlich unberechtigte Ansprüche ohne ein Eingehen auf die Sache sich zu verteidigen. Die Verjährung ist das Mittel zum Zwecke, nicht Selbstzweck. Geschieht im einzelnen Falle der materiellen Gerechtigkeit Eintrag, so ist dies ein Opfer, das der Betroffene dem Gemeinwohle bringen muß".[2])

An diesem Zwecke der Verjährung ist festzuhalten, wenn ihr Wesen und die Wirkung untersucht werden soll, die das B.G.B. der Geltendmachung der Verjährung auf den Anspruch eingeräumt hat.

[1]) vgl. Fischer, „Sein und Schein im Rechtsleben", Rektoratsantrittsrede gehalten am 15. Oktober 1909 in Breslau.

[2]) Motive, Bd. I S. 291.

Die Wirkung der Verjährung wird in § 222 Abs. 1 B.G.B. mit den Worten normiert: „Nach der Vollendung der Verjährung ist der Verpflichtete berechtigt, die Leistung zu verweigern.“ Abs. 2 desselben Paragraphen bestimmt ferner: „Das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt worden ist. Das Gleiche gilt von einem vertragsmäßigen Anerkenntnisse sowie einer Sicherheitsleistung des Verpflichteten“. § 223 trifft dann Bestimmungen bezüglich gewisser Sicherungsrechte, die jedoch vorläufig außer Betracht bleiben sollen. Die Verjährung ist also nach § 222 Abs. 1 nichts anderes als ein dauerndes Leistungsverweigerungsrecht, sie gehört im Systeme des B.G.B. zu den peremtorischen Einreden. Sie ist jedoch in ihren Wirkungen eine peremtorische Einrede besonderer Art; von allen Bestimmungen des B.G.B. über Einreden (§§ 390, 813, 1169, 1254) ist sie, abgesehen von § 886, ausgenommen.

Durch die Normierung in § 222 Abs. 1 ist immer noch nicht der bereits oben erwähnte gemeinrechtliche Streit über die stärkere und schwächere Wirkung der Verjährung zur Ruhe gekommen. Die Anhänger der stärkeren Wirkung, gestützt durch die Autorität Windscheids,[1]) wollen mit der Verjährung das Forderungsrecht selbst untergehen lassen, während die Anhänger der schwächeren Wirkung, darunter besonders Savigny,[2]) behaupten, daß die Forderung auch nach der Verjährung bestehen bleibe, dem Berechtigten nur die Mittel entzogen seien, sie zwangsweise durchzusetzen. Der Entwurf der ersten Lesung des B.G.B. hatte sich nun die Windscheidsche Lehre angeeignet.[3]) Die Motive (Bd. I, S. 342) sprechen das ganz deutlich aus: „Steht

---

[1]) Windscheid, a. a. O. Bd. I § 112.

[2]) Savigny, System des römischen Rechtes, Bd. 5 S. 366 ff.; vgl. auch oben S. 8.

[3]) § 182 Abs. 1 lautete nämlich: „Nach Vollendung der Verjährung steht dem Anspruche eine Einrede entgegen, durch welche die Geltendmachung des Anspruches dauernd ausgeschlossen wird.“ Vgl. auch Bähr „Ist der Begriff der Anspruchsverjährung im Sinne des Entwurfs des B.G.B. beizubehalten?“ in den Verhandlungen des Juristentages, Berlin 1889, Bd. I S. 293.

dem verjährten Anspruche eine Einrede entgegen, durch welche dessen Geltendmachung dauernd ausgeschlossen wird, so ist damit zugleich die sogenannte stärkere Wirkung der Verjährung anerkannt." Entwurf II des B.G.B. brachte jedoch die Abschwächung der Verjährungswirkung; in § 217 wurde eine Fassung normiert, die schließlich in unveränderter Form in das geltende Recht (§ 222, Abs. 1 B.G.B.) übergegangen ist. Damit hat aber auch die Savignysche Theorie von der schwächeren Verjährungswirkung im B.G.B. den Sieg davon getragen. Dies soll im folgenden dargetan werden.

§ 222 spricht zunächst von einer „Berechtigung des Verpflichteten"; daraus ergibt sich, daß die Verjährungswirkung in das Belieben des Schuldners gestellt ist. Die Motive begründen dies folgendermaßen (Bd. I S. 341): „Die Wirkung der vollendeten Verjährung ist keine unmittelbare. Der in ihr liegende Schutz vor Behelligung mit einem veralteten Anspruche wird nur gewährt, soweit ein Bedürfnis vorhanden ist . . . . . Das bei der Verjährung gleichzeitig obwaltende öffentliche Interesse ist zur Genüge gewahrt, wenn der einzelne jederzeit in der Lage ist, auf die Verjährung sich zu berufen und so seine Befreiung zu erzielen." Der Verpflichtete ist und bleibt daher, so lange er die Einrede nicht vorbringt, verpflichtet, geradeso wie früher, als die Verjährung noch nicht vollendet war. Er hat nur das Recht, die Durchsetzung des Anspruches durch Vorschützung der Einrede von sich abzuwehren, ein Recht, auf das er natürlich beliebig verzichten kann;[1]) so z. B. ist ein solcher Verzicht oftmals aus dem bloßen Verschweigen der Einrede zu schließen.

[1]) Dies wird bestritten von Hölder, Archiv für zivil. Praxis, Bd. 93 S. 81, der aus § 222 Abs. 2 die Unmöglichkeit eines einseitigen Verzichtes entnehmen will. M. E. ist hierbei nicht genügend berücksichtigt, daß doch nur der Schuldner, nicht der Gläubiger, ein Interesse an dem Verzichte der Verjährungseinrede haben kann. Der im Text vertretenen Ansicht stimmen bei: Crome, Bd. I S. 520; Planck, Bd. I S. 367; Langheineken, S. 285; Bucerius, S. 133; Weiß, S. 93; mit gewisser Einschränkung: Protokolle, II. Lesung, Bd. 6 S. 164. Aus den Ausführungen des Reichsgerichts (Entscheidungen in Zivilsachen, Bd. 48 S. 163 und Bd. 60 S. 391) ist die gleiche Ansicht zu entnehmen.

Hieraus folgt auch, daß die Verjährung niemals von Amts wegen zu berücksichtigen ist, der Richter also die Vorschützung der Verjährung von seiten des Berechtigten abzuwarten hat. Man kann allerdings die Regelung, die Verjährungswirkung schlechthin in das Belieben des Schuldners zu stellen, mit Fischer S. 125 als eine „Halbheit" bezeichnen. Denn durch diese Regelung wird zwar „dem Schuldner das gehässige onus aufgebürdet, die Verjährung ausdrücklich vorzuschützen und dadurch wird mancher abgehalten, sich der Verjährung zu bedienen. Aber der böswillige und mit der nötigen Dreistigkeit versehene Schuldner wird dadurch nicht getroffen". Allein diese Normierung ist nun einmal geltendes Recht geworden, und sie, wie Hölder, allein aus dem Wesen der Verjährung zu bekämpfen, ist m. E. nicht angängig. Hölder führt aus:[1]) „Der Satz, daß nur die vom Beklagten vorgeschützte Verjährung zu beachten sei, ist so weit davon entfernt, sich aus dem Wesen der Verjährung zu ergeben, daß er vielmehr zu einem dem Zwecke ihrer Einführung geradezu widersprechenden Ergebnisse führt. Wir können uns daher nur darüber freuen, daß die Absicht der Verfasser des B.G.B., diesen Satz zum Rechtssatze zu erheben, nicht zur Verwirklichung gelangt ist."

Freilich ist Hölder darin beizustimmen, daß das letzte Ziel der Verjährung: Sicherheit des Schuldners und Verkehrs zu bewirken, besser dadurch erreicht wird, wenn der Richter von Amts wegen die Einrede zu berücksichtigen hat. Eine solche Regelung hat aber keine Aufnahme in dem B.G.B. gefunden; vielmehr hat der Schuldner nur ein Leistungsverweigerungs*recht*, eine Befugnis, und niemand wird *gezwungen*, von seiner Befugnis Gebrauch zu machen. Ja selbst, wenn man von der m. E. unrichtigen Meinung Hölders ausgeht, daß durch die Verjährung der Anspruch völlig vernichtet wird, so ist doch noch nicht daraus zu folgern, daß die Verjährung von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Weiß denn der Richter, welche Hemmungs- oder Unterbrechungsgründe vorliegen? Auch läßt es sich doch nach dem B.G.B. ganz gut miteinander vereinbaren, daß die

[1]) Archiv für zivil. Praxis, Bd. 93 S. 111.

Verjährung trotz Anspruchsvernichtung vorgeschützt werden muß.[1]) Treffend bemerken die Protokolle I. Kommission (S. 391), daß der Satz, der Richter dürfe die Verjährung nur bei Geltendmachung berücksichtigen, auch dann gerechtfertigt sei, „wenn man voraussetze, der Anspruch werde durch die Verjährung unmittelbar aufgehoben, da bei der Eigentümlichkeit der Verjährung wichtige Gründe der Gesetzgebungspolitik dafür sprächen, dem Richter die Befugnis zu entziehen, eine nicht angerufene Verjährung von Amts wegen zu berücksichtigen".

Die Konsequenzen der hier vertretenen Ansicht[2]) zeigen sich besonders im Versäumnis- und Mahnverfahren. Um eine Verurteilung des Beklagten nach § 331 Z.P.O. herbeizuführen, muß der Kläger doch soviel an Tatsachenmaterial in seiner Klage vorbringen, daß sein erhobenes Begehren nach den Normen des Zivilrechts als begründet anzusehen ist. Das Gericht muß sich darüber klar werden, ob bei Anwendung der maßgebenden Rechtsnormen das vom Kläger behauptete Recht existiere. Dabei werden nicht bloß die dem Kläger günstigen, sondern auch die ihm ungünstigen Tatsachen von der Fiktion des Zugeständnisses getroffen. Das Vorhandensein der materiellrechtlichen Einrede der Verjährung hindert nun nicht, daß zugunsten des Klägers ein Versäumnisurteil erlassen wird.[3]) Denn das tatsächliche

---

[1]) Einen Beweis dafür bietet in dem Teilentwurfe der dem § 222 B.G.B. entsprechende § 194: „Die vollendete Verjährung hebt den Anspruch, soweit das Gesetz nicht ein Anderes bestimmt, vollständig auf.

Der Richter darf die Verjährung nicht von Amts wegen berücksichtigen."

[2]) Sie ist die herrschende; vgl. Planck, Bd. I S. 53; Friedenthal, S. 51; Hellwig, S. 12; Dernburg, S. 601; Endemann, S. 553; Langheineken, S. 351; Crome, Bd. I S. 520; Staudinger, Bd. I Anm. 4 S. 679; Weiß, S. 96; Weber, Unterschied zwischen Verjährung und Befristung, S. 47; Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil, S. 406, im Gegensatz zu seiner oben angeführten Meinung.

[3]) Zweifelhaft könnte dies nur werden, wenn sich aus dem vorgetragenen Tatbestande ergibt, daß der Beklagte die Verjährungseinrede schon außerhalb des Prozesses erhoben hat. Man wird dann wohl, da weder Gesetz noch Natur der Sache die Beschränkung der Einrede auf das Prozeßgebiet fordern (vgl. darüber Crome,

Vorbringen desselben läßt den Klageanspruch als begründet erscheinen und das dem Beklagten zustehende Gegenrecht kommt für den Richter solange nicht in Betracht, als es nicht ausgeübt wird.[1])

Ebenso hat der Richter nach § 688 Z.P.O. einen Zahlungsbefehl zu erlassen, da die Verjährungstatsache den Anspruch nicht als unbegründet erscheinen läßt.

Anders allerdings ist die Sachlage zu beurteilen, wenn die Einrede der Verjährung geltend gemacht wird. Dadurch wird der Anspruch mit einer dauernden Einrede behaftet, wenn auch seine Existenz nicht in Frage gestellt wird, er also nicht erlischt oder untergeht. Nur seine zwangsweise Durchsetzung wird unmöglich gemacht. Der verjährte Anspruch ist und bleibt aber eine Schuld. Hierbei ist unter Schuld zu verstehen „das Leistensollen, das Erfüllensollen in dem Sinne, daß es dem Schuldner rechtlich zukommt, es ihm rechtlich bestimmt wird, den Schuldvertrag zu erfüllen".[2]) Die Schuld appelliert an den Willen des Schuldners; verlangt wird in der Schuld eine Handlung oder Leistung desselben. Die Handlung des Schuldners ist aber nicht Endzweck der Obligation, sondern nur ein Mittel, durch das der von dem Gläubiger erstrebte Erfolg erreicht werden soll, und von dem in der Gestalt der Schuld Gebrauch gemacht wird. Denn für den Gläubiger „ist in der Regel nur das wesentlich, daß der wirtschaftliche Erfolg, den er mit der Obligation erstrebt, eintritt, aber gleichgültig, wie dies geschieht, ob durch eine Handlung des Schuldners oder die eines Dritten, ob freiwillig, ob im Wege der Zwangsvollstreckung oder sonst irgendwie".[3])

Die Schuld beantwortet nur die Fragen, ob, was und in welcher Art zu leisten ist, läßt es aber unentschieden, welche

---

Bd. I S. 184; Hellwig, S. 10; Langheineken, S. 342; Staudinger, Bd. I S. 679; a. M. Friedenthal, S. 66) und die Wirkung der Einrede im Prozesse und außerhalb desselben die gleiche ist, die Klage abzuweisen haben.

[1]) vgl. Seuffert, Kommentar zur Z.P.O., § 331 Anm. 2c.

[2]) Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis, 1896 S. 101.

[3]) Dümchen, Schuld und Haftung, in Iherings Jahrbücher, 1909 Bd. 54 S. 375.

Folgen im Falle der Nichtleistung den Schuldner treffen können. Hier tritt bei der Obligation zur Schuld ergänzend und stützend die Haftung hinzu; sie ist die rechtlich geschützte Zugriffsmacht des Gläubigers, die in der Regel durch Klage und Zwangsvollstreckung geltend gemacht wird.[1]) Zweck und Ziel der Haftung ist der, dem Gläubiger Genugtuung und Ersatz zu verschaffen, den mit der Schuld bezweckten Erfolg nötigenfalls auch gegen den Willen des Schuldners herbeizuführen.[2]) Denn „wenn erst einmal das Gesetz Rechtspflichten aufstellt, so wird es auch bestrebt sein, für den Fall der Nichtbefolgung Vorkehrungen zu treffen, damit es nicht lediglich auf den guten Willen des Schuldners angewiesen ist. Jede privatrechtliche Pflicht ist daher mit irgend einem Zwangsapparat ausgestattet. Begrifflich freilich muß der Zwang vom Recht getrennt werden, und zwar schon deshalb, weil der Zwang bei den einzelnen Pflichten verschieden gestaltet ist".[3])

Der Zwang, die Haftung nun ist es gerade, den die Verjährungseinrede im B.G.B. ausschließen soll; durch die Geltendmachung der Einrede wird der verjährte Anspruch zu einer Schuld ohne Haftung.

Hierbei ist auch zu der Frage, ob eine verjährte Forderung als natürliche Verbindlichkeit zu bezeichnen und den in den §§ 656, 762 genannten unvollkommenen Schuldverhältnissen gleichzustellen ist, Stellung zu nehmen, da Schäfer (a. a. O. S. 440) und anscheinend auch Simon[4]) sich dadurch bewegen lassen, die Zulässigkeit der Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes auf Grund einer verjährten Forderung zu verneinen. Schäfer geht sogar soweit, es für ungerechtfertigt und unlogisch zu halten

---

[1]) vgl. Dümchen, a. a. O. S. 395.

[2]) vgl. Puntschart, S. 107 ff.; v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandsrechts, in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Bd. 2 S. 167 ff.

[3]) Dümchen, S. 393.

[4]) Zu schließen ist das wohl aus seinen Worten (Jurist. Monatsschrift für Posen 1898, S. 65 ff.): „da die Wirkungen einer natürlichen Verbindlichkeit über das gesetzliche Maß hinaus nicht ausgedehnt werden können."

wenn man Spiel, Wette und Ehemäklerlohn das Zurückbehaltungsrecht versage, der verjährten Forderung aber es gewähre. Er frägt: „Warum soll für den verjährten Anspruch etwas anderes gelten, als für die übrigen Naturalobligationen? Gründe dafür sind auch keine vorhanden; aus dem Gesetze selbst sind auch keine zu entnehmen.“ Mit Recht sei daher der verjährte Anspruch hinsichtlich der Unzulässigkeit des Zurückbehaltungsrechtes den anderen Naturalobligationen Spiel, Wette und Ehemäklerlohn gleichzustellen, nur dies sei folgerichtig.

Diese Ansicht Schäfers kann nur beruhen auf einer vollständigen Verkennung des Wesens der heutigen sogenannten unvollkommenen Schuldverhältnisse. Denn die modernen Naturalobligationen sind überhaupt keine rechtlichen Verpflichtungen, sie begründen niemals eine klagbare Verbindlichkeit, was im Gesetz in den §§ 656, 762—764 ausdrücklich ausgesprochen wird. Die in diesen Paragraphen normierte Rechtswirkung besteht einzig und allein in der Erfüllungsmöglichkeit derartiger Verbindlichkeiten;[1] freiwillige reale Hingabe des entsprechenden Betrages kann weder zurückgefordert werden, noch erscheint sie als Schenkung. Auch Erfüllungsversprechen, Anerkenntnis (§§ 780, 781 B.G.B.), Bürgschaft bezüglich eines unvollkommenen Schuldverhältnisses haben keine größere Wirkung als das ursprüngliche Schuldverhältnis. Das Gesetz mißbilligt eben die unvollkommenen Schuldverhältnisse, es versagt ihnen die Klagbarkeit; ihre Unvollkommenheit ist deswegen auch stets von Amts wegen zu berücksichtigen. Beim verjährten Anspruch hingegen bleiben Forderung und Klagemöglichkeit bestehen, der einredebehaftete Anspruch bleibt immerhin noch ein Anspruch. Dem Berechtigten ist es daher nicht verwehrt, die verjährte Forderung durch Klage geltend zu machen, ja sogar das infolge Geltendmachung der Einrede abweisende Urteil nimmt nicht die Klagemöglichkeit.[2] Ferner bleibt die freiwillige Erfüllung selbst dann

[1] Darüber besonders Klingmüller, Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten, 1905 S. 226 ff.

[2] Es kann z. B. nach § 256 Z.P.O. noch eine Feststellungsklage erfolgen. Praktisch wird allerdings der Fall selten werden, da meistens die Feststellungsklage wegen Mangels eines Rechtsschutz-

vollwirksam, wenn sie in Unkenntnis der Verjährung erfolgt ist; und zwar gilt dies nicht bloß von der realen Erfüllung, sondern auch von dem Erfüllungsversprechen, dem Anerkenntnis und der Sicherung der Forderung durch Pfand oder Bürgschaft. Ja selbst Aufrechnung der verjährten Forderung ist in gewissem Umfange zulässig (vgl. § 390). Der verjährte Anspruch ist also in diesen Beziehungen den natürlichen Verbindlichkeiten des B.G.B. nicht gleichzustellen,[1]) wie man überhaupt die Wirkungen der einzelnen natürlichen Verbindlichkeiten stets auseinanderzuhalten hat.

Daß das B.G.B. in dem verjährten Anspruch eine Schuld ohne Haftung, aber immerhin noch eine Schuld erblickt, zeigt sich in den zahlreichen Beziehungen, in denen ein verjährter Anspruch noch wirksam zu werden vermag.

Nach § 222 Abs. 2 kann das zur Befriedigung eines verjährten Anspruches Geleistete nicht mehr zurückgefordert werden, auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt wurde. Die Verjährung hindert ferner den Berechtigten nicht, aus einem für den Anspruch bestellten Pfandrechte oder einer Hypothek sowie aus einem zur Sicherung übertragenen Rechte Befriedigung zu suchen. (§ 223.) Um letztere Bestimmung aus der stärkeren Wirkung der Verjährung abzuleiten, müssen die Anhänger derselben zu einer sehr geschraubten Erklärung ihre Zuflucht nehmen, einer Erklärung, die deutlich den Stempel der Unsicherheit an sich trägt. So äußern sich die Motive zu § 223 mit den Worten (Bd. I S. 344): „Ob die Vorschrift dahin aufzufassen ist, die Forderung bleibe bis zur Höhe des Wertes des Pfandes und unter Beschränkung auf die Befriedigung aus demselben unverjährt, oder dahin, die verjährte Forderung bestehe nur insofern fort, als das Pfandrecht seiner akzessorischen Natur wegen einer Grundlage bedürfe, darf dahingestellt

bedürfnisses abzuweisen sein wird. Das Interesse des Berechtigten jedoch von vornherein stets für ungeeignet zur Anstellung eines Prozesses zu halten, wie Cosack, Bd. I S. 273, es tut, erscheint mir zu weit gegangen.

[1]) Übereinstimmend: Hellwig, Anm. 22 S. 13; Langheineken, S. 189; Weiß, S. 87; Schlegelberger, S. 146; Crome, Bd. II S. 16/17.

bleiben." Erkennt man jedoch die schwächere Wirkung der Verjährung an, so kommt man zu einer sehr einfachen Lösung für die Fortdauer der Pfandhaftung: Der Anspruch bleibt bestehen und verliert seine Kraft nur insoweit, als im Gesetze etwas anderes vorgeschrieben ist.

Nach § 390 Satz 2 wird die Aufrechnung nicht ausgeschlossen, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war.[1])

Alle bis jetzt angeführten Bestimmungen zeigen also deutlich, daß das Gesetz nur die schwächere Wirkung der Verjährung anerkennen will. Diese Meinung kann auch nicht erschüttert werden durch den Hinweis Hellwigs,[2]) „daß man zu ganz unhaltbaren Resultaten gelange, wenn man zwischen dem Anspruche, der aufgehoben ist und dem Anspruche, dessen jemalige Erfüllung auf Grund der Einrede rechtsmäßig verweigert worden ist, einen Unterschied machen will und daß eine solche Schattenexistenz eines Anspruches praktisch wertlos und theoretisch nur geeignet sei, ganz unnötige und unlösbare Schwierigkeiten zu bereiten". Denn auf diese Weise könnte man ja auch die vom B.G.B. festgehaltene Unterscheidung zwischen dem erloschenen Anspruch und dem Anspruch, dem eine dauernde Einrede entgegensteht, als unberechtigt verwerfen.[3]) Auch § 886 kann nicht als Bestätigung der stärkeren Verjährungswirkung angesehen werden. Dieser Paragraph bestimmt, daß, wenn demjenigen, dessen Grundstück oder dessen Recht von einer Vormerkung betroffen wird, eine Einrede zusteht, durch welche die Geltendmachung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird, derselbe von dem Gläubiger die Beseitigung der Vormerkung

---

[1]) Eine Einschränkung der nach § 390 Satz 2 zulässigen Aufrechnung enthalten die §§ 479, 480, 490, 639.

[2]) a. a. O. S. 10.

[3]) Diese Konsequenz zieht in der Tat Hölder, der Archiv Bd. 93 S. 80 ausführt: „Jede begründete Einrede schließt die Existenz des Anspruches, gegen den sie Platz greift, aus", und S. 89 behauptet: „Die Berechtigung zur Verweigerung einer Leistung bedeutet den Ausschluß der Leistungspflicht."

verlangen kann. Gerade dieser Inhalt aber ist nur ein Beweis für die schwächere Wirkung der Verjährung. Ja, selbst wenn man mit Hellwig bei § 886 annimmt, daß in dem Verlangen der Beseitigung der Vormerkung die Ausübung des Einrederechtes liegt,[1]) so kann man nur zu der Annahme der schwächeren Wirkung gelangen. Denn bei Unterstellung der stärkeren Wirkung würde, wie Langheineken (S. 346) ausführt, „mit diesem Verlangen (sc. Beseitigung der Vormerkung) der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch untergehen, damit aber zugleich eine Unrichtigkeit des Grundbuches entstehen und folgeweise ein Anspruch auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuches (§ 894) begründet sein; die Verleihung eines besonderen Anspruches in § 886 wäre also gänzlich überflüssig".

Um das Erlöschen der Forderung durch die Geltendmachung der Einrede zu beweisen, knüpft Hellwig ferner an den Fall an, daß der Gläubiger sich trotz der begründeten Erklärung des Schuldners, daß er die Leistung ablehne, berühmt. Hier habe der Schuldner sicherlich das Recht zu einer Feststellungsklage, aber nicht dahingehend, „daß der Anspruch besteht, daß ihm aber eine Einrede entgegensteht, sondern daß sie auf Feststellung des Nichtbestehens der Schuld gerichtet wird und das Urteil keinen anderen Inhalt hat als dasjenige, welches auf die unbegründete Klage des Gläubigers hin ergeht".

Freilich ist zuzugeben, daß dem Schuldner ein Feststellungsrecht zusteht, aber doch nur soweit, als sein rechtliches Interesse reicht. Dieses Interesse findet darin seine Begrenzung, daß der Anspruch als ein einredebehafteter festgestellt wird. Ein solches Urteil würde seiner in der Z.P.O. festgehaltenen Rechtskraftswirkung direkt zuwiderlaufen, indem es nicht die Klarstellung des unter den Parteien streitigen Rechtsverhältnisses enthalten, sondern neues Recht schaffen, also nicht deklaratorisch, sondern konstitutiv wirken würde.

---

[1]) Das ist m. E. mindestens zweifelhaft; das Verlangen auf Beseitigung der Vormerkung stellt sich wohl besser als eine aus dem Grundbuchsysteme des B.G.B. folgende notwendige Konsequenz der Einredeausübung dar, in ihr liegt nicht die Ausübung.

Hellwig (Anm. 17 zu § 2) führt zum Beweise seiner entgegengesetzten Ansicht noch § 274 ins Feld und behauptet, daß sich aus ihm die selbstverständliche Wahrheit seiner Meinung ergibt. Offenbar stützt er sich hierbei auf das Wörtchen „nur" in § 274 Abs. 1, durch das seiner Ansicht nach eine Ausnahmebestimmung von der sonstigen Wirkung der Einreden getroffen werden soll, die Regel also bei der Geltendmachung von anderen Einreden Klageabweisung wegen fehlender materieller Begründung sein müsse. Hier ist zu entgegnen, daß in § 274 Abs. 1 die Stellung des Wörtchens „nur" nicht grammatisch engherzig interpretiert werden darf, sondern das Gesetz dieses Wörtchen in Verbindung mit der Verurteilung gegen Erfüllung Zug um Zug gebracht wissen will, indem damit angedeutet werden soll, daß der Schuldner statt zur sofortigen Erfüllungsbewirkung „nur" zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung zu verurteilen ist. Also auch die Berufung auf § 274 bietet keine Stütze dafür, daß die Geltendmachung der Einrede den Anspruch aufhebt; vielmehr ist daran festzuhalten, daß die Rechtskraft des den Anspruch wegen einer geltend gemachten Einrede abweisenden Urteils keinerlei Veränderung des Rechtszustandes herbeizuführen vermag, die Verjährungseinrede also auch selbst bei Geltendmachung im Prozesse niemals den Anspruch zum vollen und definitiven Untergange bringt, sondern nur die Feststellung des Anspruches als eines mit einer peremtorischen Einrede behafteten nach sich zieht.[1]) Ideal ist freilich diese Regelung im B.G.B. schon mit Rücksicht auf die Stetigkeit und Festigkeit im Verkehrsleben nicht zu nennen, aber leider kann man, wie Friedenthal S. 69 richtig bemerkt, „bei konsequenter Durchführung des Begriffs des Leistungsverweigerungsrechtes auch bei den dauernden Einreden zu keinem anderen Resultat kommen als zu dem, daß durch das abweisende Urteil alles beim alten bleibt". De lege ferenda wird ja dieses ewige Fortbestehen des mit der Verjährungseinrede behafteten Anspruches nicht zu billigen sein, de lege lata aber kann man nur zu der hier vertretenen Ansicht gelangen.

---

[1]) vgl. Friedenthal, S. 69; Fischer-Henle, Bem. 6 zu § 202; Planck, Bd. I S. 53.

Aus allen diesen Ausführungen ergibt sich in direktem Widerspruch mit den Motiven, daß im Gesetze nur die schwächere Wirkung der Verjährung ihren Niederschlag gefunden hat.[1]) Danach kann also die bloße Geltendmachung der Verjährungseinrede, sei es im Prozeß, sei es außerhalb desselben, niemals den weiteren Bestand der Forderung zunichte machen, sondern nur die zwangsweise Beitreibung der Leistung ausschließen. Die Schuld als solche bleibt eben bestehen, der Gläubiger kann sich daher verteidigungsweise auf das Vorhandensein jener Schuld, die zu existieren nicht aufgehört hat, berufen, wenngleich die zwangsweise Beitreibung infolge der Verjährung weggefallen ist.

Damit ist aber auch die für unser Thema so hochwichtige Frage, ob eine verjährte Forderung trotz Geltendmachung der Verjährung noch geeignet ist, die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes materiell zu begründen, in bejahendem Sinne gelöst.

III. Schluß.

§ 5. Kurze Zusammenfassung des gewonnenen Resultates.

Faßt man das in den vorhergehenden Paragraphen Ausgeführte noch einmal kurz zusammen, so ergibt sich, daß der Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes auf Grund einer verjährten Forderung einerseits der Wortlaut des § 273 nicht entgegensteht, andererseits Zweck und Stellung des Zurückbehaltungsrechtes im Systeme des B.G.B. und Wesen und Wirkung der Anspruchsverjährung eine solche Billigung zur notwendigen Folge haben müssen. Es ist also dem Schuldner die Ausübung des Zurück-

[1]) Übereinstimmend: Crome, Bd. I S. 521; Regelsberger, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 41 S. 336; Staudinger, Bd. I S. 678; Weiß, S. 84; Endemann, S. 562; Planck, S. 53; Langheineken, S. 343; Dernburg, Bd. I S. 602; dagegen wird die stärkere Verjährungswirkung außer von Hellwig behauptet von: Hölder, Kommentar, S. 406; Bucerius, S. 126; Weber, S. 48; Orthal, in „Das Recht", 10. Jahrg. 1906 S. 1068.

behaltungsrechtes auf Grund einer verjährten Forderung ohne jede Einschränkung zuzugestehen. Ungerecht und unbillig wird man dieses Resultat auch kaum finden, wenn man bedenkt, daß die Verjährungseinrede als gewissermaßen unmoralischer Einwand doch nur insoweit zu schützen ist, als objektives Interesse und das Wohl der Gesamtheit es erfordern.[1]) Das Gesamtwohl aber wird durch die gewonnene Regelung nicht verletzt, schutzbedürftige Interessen eines Dritten werden nicht in Mitleidenschaft gezogen. Vielmehr wird dadurch nur der Wahrheit und Gerechtigkeit zum Siege verholfen und so die edelste und vornehmste Aufgabe des modernen Staates am besten gelöst und erfüllt.

[1]) vgl. hierzu: Fischer, „Sein und Schein im Rechtsleben", Rektoratsantrittsrede, Breslau 1909.

Lebenslauf.

Am 22. Januar 1887 wurde ich, Georg Joseph Brückner, als Sohn des jetzigen Königlichen Rechnungsrats Joseph Brückner und seiner Ehefrau Agnes, geb. Friedemann, zu Breslau geboren. Ich bin katholischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger.

Nach Absolvierung der Vorschule und des Gymnasiums bestand ich Ostern 1906 die Reifeprüfung am Johannesgymnasium in Breslau.

Hierauf studierte ich sechs Semester die Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten zu Heidelberg und Breslau.

Am 5. Juli 1909 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung, am 15. Juli das mündliche Doktorexamen.

Inzwischen war ich am 12. Juli 1909 zum Referendar ernannt und dem Königlichen Amtsgericht in Wohlau zur Ausbildung überwiesen worden, wo ich am 24. Juli 1909 vereidigt wurde.

Seit dem 24. April 1910 bin ich dem Königlichen Landgericht in Breslau zur weiteren Beschäftigung zugeteilt.